

Klaus Hartung

DEFENSIVZEICHEN UND VORRATSZEICHEN
IN WETTBEWERBSRECHTLICHER SICHT

Frankfurt am Main 1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551903_0006

Defensivzeichen und Vorratszeichen
in wettbewerbsrechtlicher Sicht

I n a u g u r a l - D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des Doktorgrades der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Johann Wolfgang Goethe - Universität
zu Frankfurt a.M.

vorgelegt von
Gerichtsreferendar Klaus Hartung
aus Breitung/Werra

1963



1. Gutachter (Referent)
Prof.Dr. Benvenuto Samson

2. Gutachter (Koreferent)
Prof. Dr. Hellmut Georg Isele

Tag der mündlichen Prüfung:

27. Februar 1963

Herrn Dr.iur. Rudolf Hückmann gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Seite

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	5
I. <u>Einleitung und Problemstellung</u>	10
1. Das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum Wettbewerbsrecht	10
2. Begriffsbestimmungen	12
a. Das Defensivzeichen	12
b. Das Vorratszeichen	13
c. Das unbenutzte Treuhandzeichen und das unbenutzte Auslandszeichen	15
d. Vorratswaren und Defensivwaren	16
3. Die Problematik der unbenutzten Warenzeichen	17
a. In tatsächlicher Hinsicht	17
b. In rechtlicher Hinsicht	23
II. <u>Die geschichtliche Entwicklung und die formalen Grundlagen des deutschen Zeichenrechts</u>	25
1. Die geschichtliche Entwicklung des Zeichenrechts	25
2. Die Überbewertung des Registereintrags im geltenden Recht	29
III. <u>Die Fortentwicklung des Warenzeichenrechts durch das Wettbewerbsrecht</u>	33
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	33
2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	46
IV. <u>Defensivzeichen und Vorratszeichen im Ausland</u>	57
1. Die Regelung nach den nationalen Gesetzen	57
2. Die geplante Regelung für den EWG-Raum	63

V. <u>Die Wettbewerbswidrigkeit von Vorrats- und Defensivzeichen</u>	64
1. Die Bedürfnisfrage	64
a. bei den Defensivzeichen	65
b. bei den Vorratszeichen	69
2. Das Verhältnis der Defensiv- und Vorratszeichen zur Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs	75
a. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit	75
b. Der Verstoß gegen die Wettbewerbslauterkeit	81
3. Die Frage der zeichenrechtlichen Zulässigkeit	87
a. der Defensivzeichen	88
b. der Vorratszeichen	93
VI. <u>Lösungsmöglichkeiten</u>	98
1. De lege lata	99
a. Beseitigung der reinen Defensivzeichen	99
b. Löschung von Vorratszeichen nach zehnjähriger Nichtbenutzung	101
2. De lege ferenda	105
a. Erklärung über die Benutzungsabsicht bei der Zeicheneintragung (Änderung des § 2 WZG)	105
b. Keine Zeichenverlängerung bei Nichtgebrauch innerhalb der letzten 10 Jahre (Änderung des § 9 WZG)	106
VII. <u>Zusammenfassung</u>	110

Lebenslauf

Literatur- und Abkürzungsverzeichnis

Adler	Fortbildung des Warenzeichenrechts durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, abgedruckt in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts, Berlin 1927
Baumbach	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Kommentar begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Hefermehl, 8.Auflage, 1960
BB	Der Betriebsberater, Zehntagedienst für Wirtschaft-, Steuer- und Sozialrecht
Bl.	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenrecht (Jahr, Seite)
Bock	Anmerkung zum "Dreitannen"-Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29.3.1960 in LM, Nr.11 zu § 1 WZG
Böhm	Der Kampf des Monopolisten gegen den Außenseiter als wettbewerbsrechtliches Problem, Freiburg 1933
Breme	Abwehr und Vorratszeichen, GRUR 1950,17
Busse	Warenzeichengesetz, 3.Auflage, 1960
David	Kommentar zum Schweizerischen Markenschutzgesetz, 2.Auflage, 1960
Diskussionsbeitrag	Warenzeichenrechtliche Arbeitssitzung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in Frankfurt a.M. vom 1.10.1954 mit Diskussionsbeiträgen von Richter, Heydt, Schreiber, Reimer, Axster, Möhring, Groß, Leszner,

- kuhbier, Louis, Schwartz, v.Kleist und v.Kreisler in GRUR 1955, 81 f.
- Dornheim Vorratszeichen und Defensivzeichen, GRUR 1927, 163
- Dunkhase Berechtigung von Defensivzeichen, MuW XIV, 286 ff.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 14. Auflage, 1952, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, fortgeführt von Hans Carl Nipperdey
- Fikentscher Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958
- Friedrich Schluß mit den Defensivzeichen! Mitt. 1959, 275 ff.
- Geitel Die Praxis des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen, Berlin 1900
- Gerstenberg Die Frage der Kosten für die Verteidigung eingetragener Warenzeichen, GRUR 1961, 170
- GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
- JW Juristische Wochenschrift
- Kohler Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1884
- Warenzeichenrecht, Mannheim und Leipzig 1910 (zugleich 2. Aufl. des Rechts des Markenschutzes)
- von Kreisler und Ruprecht Benutzungszwang für Warenzeichen, GRUR 1954, 434 ff.
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 1955

Lehmann, Heinrich	Handel und Gewerbe, 2.Auflage, 1943, zitiert: H.Lehmann
Leitherer	Die Entwicklung der modernen Marken- formen, MA 1955,539 ff.
LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Linden- maier und Möhring
MA	Der Markenartikel, Zeitschrift zur För- derung der Qualitätsware
Magnus	Das deutsche Warenzeichenrecht, Teil II, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 6. Auflage, 1933
Meldau	Vor 1500 eingetragene Warenzeichen des alten Deutschen Reiches, GRUR 1938,302ff.
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Miosga	Ist die Begrenzung der Prüfung im patent- amtlichen Widerspruchsverfahren zeitge- mäss? Mitt. 1960,41 ff. Auswahl und Einsatz neuer Warenzeichen, Mitt. 1961,61 ff. Querschnitt durch aktuelle Probleme des Zeichenrechts, GRUR 1961,266 ff. Die Benutzung des Warenzeichens im Ver- kehr, MA 1961,977 ff.
Mitt.	Mitteilungen des Verbandes deutscher Patentanwälte
Mitt.Bl.	Mitteilungsblatt der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Ur- heberrecht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
Nipperdey	Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin, 1930
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

- Pinzger Das deutsche Warenzeichenrecht, 2.Aufl., 1937
- Reimer Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3.Auflage, 1954
Vorratszeichen - Defensivzeichen, Vorratswaren - Defensivwaren, GRUR 1927,27 ff.
- Röttger Gedanken zur Schaffung einer EWG Marke, GRUR (Ausl.Teil) 1959,329 ff.
- Rosenthal Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Bestimmungen des Warenzeichengesetzes, 6.Aufl.,1927; 8.Aufl., 1930
Genießen Defensivzeichen den vollen Schutz der §§ 12,20 WZG? GRUR 1926,184 ff.
- Saint-Gal Protection et Défense des Marques de Fabrique et Concurrence Déloyale, 1959
Über die Zweckmäßigkeit einer gemeinsamen Marke für die Länder der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, GRUR (Ausl.Teil) 1960,169 ff.
- Scher Patents, Trade Marks and Copyrights, Basel 1954
- Seligsohn Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen, 2.Aufl.,1905; 3.Aufl.,1925
Streitfragen des Zeichenrechts und die Stetigkeit der Rechtsprechung, GRUR 1927,365
Unbenutzte Zeichen, abgedruckt in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamtes, Berlin 1927
- Spieß Abwehr- und Vorratszeichen, Der Betrieb 1949,417
- Sünner Chemie-Warenzeichen im Spiegel der Zahlen, Chemische Industrie 1953,186 ff.

Tetzner	Kommentar zum Warenzeichengesetz, Heidelberg 1958
Thiele	Sind Abwehr- und Vorratszeichen erforderlich? GRUR 1949,275
Trüstedt	Warenzeichentabelle, Vergleichende Darstellung des Markenrechts im In- und Ausland, Loseblattsammlung, Stand: 1.10.1961
TT	Transpatent, Auslandsdienst für Patent-, Muster-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht
Ulmer	Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, Berlin 1929
Völp	Der Einfluß des Kartellrechts auf den gewerblichen Rechtsschutz, WuW 1959,89ff.
Wassermann	Nichtbenutzte Warenzeichen, abgedruckt in Abhandlungen zum Arbeitsgebiet des Reichspatentamts, Berlin 1927
Wittenberg	Unbenutzte Warenzeichen, Mainz 1954
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WZG	Warenzeichengesetz

I. Einleitung und Problemstellung

1. Das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum Wettbewerbsrecht

Seit mehr als 30 Jahren ist im Warenzeichenrecht der Satz anerkannt, daß das Recht der Warenbezeichnungen als ein Ausschnitt des Wettbewerbsrechts zu betrachten ist. Diese Erkenntnis ist seitdem in allen Kommentaren¹⁾ und zahlreichen Abhandlungen²⁾ über das Warenzeichenrecht ausgesprochen und wird von Reimer³⁾ als der "Kardinalsatz allen Warenzeichenrechts" bezeichnet. Zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen, insbesondere solche, die zur Richtschnur für die Fortentwicklung des Warenzeichenrechts wurden, enthalten den Ausspruch, daß das Zeichenrecht dazu bestimmt sei, dem Schutz des redlichen Geschäftsverkehrs zu dienen und daß die Ausübung von Rechten aus einem eingetragenen Warenzeichen nur im Rahmen der allgemeinen Wettbewerbsordnung zulässig sei.⁴⁾

Wenn damit die Zusammengehörigkeit von Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht als eine gesicherte Erkenntnis angesehen werden kann, so werden doch gerade in jüngerer Zeit immer wieder Stimmen laut, die insbesondere im Hinblick auf die s.g. Defensiv- und Vorratszeichen eine noch weitergehende Einflurnahme des Wettbewerbsrechts auf das Recht der Warenzeichen fordern.⁵⁾ Auch der BGH hat in seiner Entscheidung vom 29.3.1960⁶⁾ - unter Änderung

1) Reimer, S.14; Baumbach, Allg., Anm.72; Tetzner, Einl., Anm.1; Busse, Einführung, S.18; Pinzger, § 1 WZG, Anm.1

2) Ulmer, S.66 ff.; Adler, S.154; Fikentscher, S.297; Friedrich, Mitt.1959,277 und viele andere.

3) Kommentar, S.15

4) So z.B. RG-Entscheidungen vom 19.6.1925, RGZ 111,192 = JW 1925,2453 und vom 30.4.1928, RGZ 120,325 = GRUR 1928,599; BGH-Entscheidung vom 11.6.1954, BGHZ 14,15.

5) Thiele, GRUR 1949,268; v.Kreisler und Ruprecht, GRUR 1954, 434; Becher GRUR 1958,324; Völp, WuW 1959,95; Friedrich, Mitt. 1959,275; Miosga, Mitt.1960,230; Baumbach, § 1 WZG, Anm.17.

6) BGHZ 32,133 = NJW 1960,1450 = MDR 1960,734 = BB 1960,718 = GRUR 1960,33 ("Dreitannen").

einer jahrzehntelangen Praxis - in bezug auf die rechtliche Behandlung der Defensivzeichen neue Grundsätze entwickelt, die nur als ein Ausdruck der Bemühung verstanden werden können, das Warenzeichenrecht immer mehr in Einklang zu bringen mit den Wertungen des heutigen Wettbewerbsrechts. Soweit Stellungnahmen zu dieser wichtigen Entscheidung vorliegen, wird zwar die Bresche begrüßt, die der BGH in eine als gefestigt erscheinende Rechtsprechung geschlagen hat, es wird aber gleichzeitig bedauert, daß unser oberstes Gericht auf halbem Wege stehen geblieben ist und dem Wettbewerbsgedanken im Zusammenhang mit der Problematik der Defensivzeichen nicht völlig zum Durchbruch verholfen hat.¹⁾

Angeregt durch die erwähnte BGH-Entscheidung soll es der Zweck dieser Arbeit sein, das wechselhafte Schicksal der Defensivzeichen und mit ihnen der Vorratszeichen zu untersuchen, das diese in ihrer rechtlichen Beurteilung seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts erlebt haben, um anschließend zu prüfen, inwieweit in der gegenwärtigen Behandlung dieser Zeichen wirklich Ernst gemacht wird mit dem Grundsatz von der Zugehörigkeit des Warenzeichenrechts zu dem Wettbewerbsrecht. Vergleichsweise soll die Frage der Defensiv- und Vorratszeichen in einigen ausländischen Rechtsordnungen betrachtet werden, um aus ihnen möglicherweise Anhaltspunkte für eine wettbewerbsgerechte Beurteilung der auftauchenden Probleme zu gewinnen.

Die rechtlichen Fragen, die mit der Existenz von Defensiv- und Vorratszeichen aufgeworfen werden, stellen einen Ausschnitt aus dem allgemeineren Problemkreis der unbenutzten Warenzeichen dar. Da jedoch die Defensiv- und Vorratszeichen bei den unbenutzten Warenzeichen bei weitem überwiegen, sollen diese in erster Linie und die noch in Betracht kommenden unbenutzten Zeichen nur am Rande behandelt werden.

1) Bock in LM Nr.11 zu § 1 WZG; Friedrich, GRUR 1960,38. Miosga, Mitt. 1960,230, ist dagegen der Auffassung, daß der Bundesgerichtshof angesichts der bestehenden Meinungen, die auf eine gänzliche Beseitigung der Defensivzeichen abzielen, "die Dinge auf das rechte Maß zurückgeführt" hat.

2. Begriffsbestimmungen

Zunächst sind die einzelnen Arten der unbenutzten Warenzeichen, die in der Praxis vorkommen, aber vom Gesetz nicht erwähnt werden, zu bestimmen.

In der Literatur wird zwischen den Abwehr- oder Defensivzeichen, den Vorratszeichen, den unbenutzten Treuhandzeichen und den unbenutzten Auslandszeichen unterschieden. Sie alle tragen das gemeinsame Merkmal, daß sie nicht benutzt werden, d.h., daß sich deren Inhaber ihrer nicht bedient, um seine Waren von den Waren eines anderen Geschäftsinhabers zu unterscheiden. Die Unterschiede zwischen den einzelnen Arten unbenutzter Zeichen liegen in der Willensrichtung des Warenzeicheninhabers.

a. Das Defensivzeichen soll, wie der Name andeutet, der Abwehr dienen. Gegenstand der Abwehr sollen solche Bezeichnungen anderer Geschäftsinhaber sein, die dem durch das Abwehrzeichen zu schützenden Hauptzeichen in irgendeiner Weise nahe kommen; sei es, daß sie diesem ähnlich sind oder daß sie nur entfernt an dieses anklingen. Zur Abwehr solcher Zeichen, die mit dem Hauptzeichen selbst verwechslungsfähig sind, bedarf es dagegen eines Defensivzeichens nicht, da in diesem Falle bereits das Hauptzeichen die Abwehrfunktion im Wege eines Widerspruchsverfahrens (§ 5 Abs.4 WZG) oder einer Klage (§§ 11,24,31 WZG) erfüllen kann. Mit der Eintragung eines Defensivzeichens bezweckt dessen Inhaber aber für das Hauptzeichen einen über dessen Verwechslungsbereich hinausgehenden Schutz: Es sollen auch noch solche Gegenzeichen abgewehrt werden können, gegen die mit Hilfe der Hauptzeichen nicht erfolgreich vorgegangen werden kann.¹⁾ Der Anmelder eines Defensivzeichens handelt aus der Be-

1) Vgl. folgende, später noch näher zu erörternde Beispiele für Abwehrzeichen aus der Rechtsprechung und der Praxis des Patentamts: "Senzalco" für "Sinalco" zur Abwehr von "Menzelco"; "Kofra" für "Kornfranck" zur Abwehr von "Koffea"; "Grammofon" für "Grammophon" zur Abwehr von "Vox"; "Vum" für "Vim" zur Abwehr von "Bum".

sorgnis heraus, die Gerichte könnten den Verwechslungs(=Abwehr)-bereich seines Hauptzeichens zu eng ziehen, um ihm die Abwehr aller Gegenzeichen zu ermöglichen, in denen er die Gefahr einer Beeinträchtigung seines Hauptzeichens erblickt. Die Defensivzeichen verdanken ihre Entstehung demnach einem Mißtrauen der Zeicheninhaber gegenüber der Rechtsprechung, von der man einen ausreichenden Schutz des jeweiligen Hauptzeichens nicht erwartet.¹⁾ Insbesondere ist es die Befürchtung einer zu engherzigen Auslegung des Begriffs der Verwechslungsgefahr (§ 31 WZG), die eine große Zahl von Warenzeicheninhabern veranlaßte, zumindest die wichtigsten Warenzeichen durch die zusätzliche Registrierung von Defensivzeichen zu schützen.

b. Unter Vorratszeichen sind solche Warenzeichen zu verstehen, die nach der Absicht des Zeicheninhabers zwar nicht sogleich nach erfolgter Eintragung in die Zeichenrolle, wohl aber zu einem späteren Zeitpunkt in Gebrauch genommen werden sollen. Sie sollen auf Vorrat eingetragen werden, um im Bedarfsfalle zur Benutzung bereit zu stehen. Sie unterscheiden sich demnach von den reinen Defensivzeichen, deren Gebrauch zur Kennzeichnung von Waren überhaupt nicht vorgesehen ist, durch die hinter ihnen stehende Absicht künftigen Gebrauchs.

Diese Zeichenart verdankt ihre Entstehung einmal dem Bedürfnis, jederzeit wenn es die Geschäftslage erfordert, auf ein bereits eingetragenes Warenzeichen zur Kennzeichnung eines bestimmten Produkts zurückgreifen zu können. Dieses Bedürfnis tritt in bestimmten Industriezweigen besonders stark hervor, weil dort ein häufiger Wechsel des jeweiligen Produktionsprogramms stattfindet.²⁾ Zum anderen werden Vorratszeichen eingetragen, wenn ein Geschäftsinhaber glaubt, ein für seinen Betrieb besonders geeignetes Zeichen gefunden zu haben, dessen Voreintragung durch eine andere Firma vermieden werden soll. In

1) Pinzger, § 11 WZG, Anm. 30; Reimer, S. 249; Baumbach, § 1 WZG, Anm. 16.

2) Das sind insbesondere die pharmazeutische, kosmetische, chemische, Lebensmittel-, Zigaretten- und Textilindustrie (vgl. v. Kreisler-Ruprecht, GRUR 1954, 436).

diesem Falle soll also die Eintragung eines Vorratszeichens die Sicherung besonders geeigneter Kennzeichen bezwecken.

Das subjektive Moment der Absicht künftigen Gebrauchs kann nur ein verhältnismäßig unzuverlässiges Kriterium für die Unterscheidung zwischen Defensiv- und Vorratszeichen abgeben. Die wahre Absicht des Inhabers eines unbenutzten Warenzeichens wird oft schwer erkennbar und noch schwerer nachweisbar sein, zumal sie jederzeit gewechselt werden kann. Ein Zeicheninhaber kann sich entschließen, ein Zeichen, für das ursprünglich keine Benutzungsabsicht bestand, in Gebrauch zu nehmen und umgekehrt. Die Grenze zwischen Defensiv- und Vorratszeichen ist demnach flüssig. Ein und dasselbe Zeichen kann ohne die geringste Änderung im objektiven Bereich bald Abwehrzeichen und bald Vorratszeichen sein, je nach der Willensrichtung des Zeicheninhabers. Angesichts der heute in der Rechtsprechung bestehenden Tendenz, die aus einem Defensivzeichen herzuleitenden Rechte stärker zu beschränken als die Rechte aus einem Vorratszeichen, wird jeder Inhaber eines unbenutzten Zeichens bestrebt sein, zumindest auch den Vorratscharakter seines Zeichens im Streitfalle zu betonen.¹⁾

1) Hinsichtlich der Vorratszeichen folgt der BGH der recht großzügigen Rechtsprechung des RG, das nur bei Vorliegen ganz besonderer Umstände die Schutzwürdigkeit eines Vorratszeichens verneinte, vgl. BGHZ 10, 211 und Bock in LM § 1 WZG, Nr. 11. Im Hinblick auf die Defensivzeichen hat dagegen die bereits erwähnte "Dreitannen"-Entscheidung (BGHZ 32, 133) die aus einem Defensivzeichen herzuleitenden Rechte auf ein Minimum beschränkt. - Soweit die Literatur die Defensivzeichen für unzulässig oder zumindest für unerwünscht hält - und darin sind sich die meisten Autoren einig - liegt ein unbefriedigendes Moment darin, daß in gleichem Atemzuge mehr oder weniger weitgehende Zugeständnisse an die Vorratszeichen gemacht werden. Zu wenig Beachtung wird m.E. den Vorratszeichen geschenkt, die schon viele Jahre lang ungenutzt in der Zeichenrolle stehen und bei denen der Benutzungswille in der Regel ebenso wenig konkret vorliegen wird wie bei den Defensivzeichen. Diese Art von Vorratszeichen unterscheidet sich in den praktischen Auswirkungen kaum von den Defensivzeichen, da sie ebenso wie diese ein bloßes Rollendasein führen und lediglich zur Abwehr von fremden Bezeichnungen eingesetzt werden.

c. Weitere Formen der unbenutzten Zeichen sind die unbenutzten Treuhandzeichen und die unbenutzten Auslandszeichen. Von einem unbenutzten Treuhandzeichen wird dann gesprochen, wenn ein Zeichen auf den Namen eines Treuhänders aber im Interesse des Treuhandgebers eingetragen ist. Dieser benutzt das für den Treuhänder eingetragene Zeichen entweder überhaupt nicht, oder - was wohl der häufigere Fall ist - er benutzt es nicht für die zugunsten des Treuhänders eingetragenen Waren. Eine Nahrungsmittelfabrik z.B., die selbst keine pharmazeutischen Produkte führt oder zu führen beabsichtigt, möchte ein bestimmtes Warenzeichen, das für sie besonders bedeutsam ist, auch für Pharmazeutika geschützt wissen. Daran könnte sie schon im Rahmen des Anmeldeverfahrens durch das Patentamt gehindert werden, da ein Anmelder in das Verzeichnis der zu schützenden Waren solche nicht aufnehmen darf, die er weder führt, noch zu führen beabsichtigt.¹⁾ Falls es dennoch zu der Eintragung der nicht geführten Waren kommt (die Prüfung des Patentamts erstreckt sich in der Praxis nur auf Fälle, in denen ein offensichtliches Mißverhältnis zwischen dem eingereichten Warenverzeichnis und der Art des Geschäftsbetriebes des Anmelders besteht), so können auf Antrag eines Dritten diese Waren gem. § 11 Abs.1 Ziff.2 WZG gelöscht werden. Um diese Risiken zu vermeiden, könnte in dem Beispielsfalle die Nahrungsmittelfabrik ein befreundetes pharmazeutisches Unternehmen bitten, ein mit dem bereits für Nahrungsmittel eingetragenen Warenzeichen identisches oder ähnliches Zeichen auch für pharmazeutische Präparate eintragen zu lassen. Mit Hilfe dieses Treuhandzeichens könnte der Nahrungsmittelfabrikant später auch auf dem pharmazeutischen Warengebiet eventuelle Gegenzeichen abwehren. Eine andere Art unbenutzter Treuhandzeichen liegt dann vor, wenn der Treuhandgeber zwar die für das Treuhandzeichen zu schützenden Waren führt, wenn aber für ihn, nicht jedoch für den Treuhänder, irgendein Hindernis für die Eintragung des Treuhandzeichens besteht. So kann beispielsweise ein mit dem Treuhandzeichen verwechslungsfähiges Gegenzeichen bereits eingetragen sein, dessen Inhaber sich aber

1) RG GRUR 1942,428; Merkblatt für Warenzeichenanmelder (Ausgabe Okt.1954), Nr.2, abgedruckt bei Baumbach, § 2 WZG, Anm.2.

dem Treuhänder gegenüber zur Nichtgeltendmachung von Rechten aus diesem Zeichen verpflichtet hat.¹⁾

Bei den unbenutzten Auslandszeichen handelt es sich schließlich um solche Marken, deren Verwendung lediglich im Ausland eriolgen soll. Eine Reihe von Staaten gewähren ausländischen Warenzeichenanmeldern nur dann Schutz, wenn dargetan wird, daß der Anmelder sein Zeichen im Heimatstaat registriert oder zumindest angemeldet hat.²⁾ Die Exportindustrie ist demnach in manchen Fällen darauf angewiesen, in Deutschland auch Zeichen zur Anmeldung zu bringen, deren warenzeichenmäßiger Gebrauch im Inland nicht vorgesehen ist.

d. Eine gewisse Verwandtschaft zu bestimmten Arten der unbenutzten Warenzeichen weisen die Institute der s.g. Vorrats- und Defensivwaren auf. Die Vorratswaren sind eine Parallelererscheinung zu den Vorratszeichen. Es handelt sich darum, daß ein Warenzeichenanmelder die für das Warenzeichen zu schützenden Waren nicht auf solche beschränkt, die er in seinem Betrieb zur Zeit der Anmeldung herstellt oder vertreibt, sondern daß darüberhinaus in das Warenverzeichnis auch solche Produkte aufgenommen werden, deren Fabrikation oder Vertrieb erst für einen späteren Zeitpunkt geplant ist. Diese allgemein übliche Praxis der Aufnahme von Vorratswaren in das Warenverzeichnis eines angemeldeten Zeichens hängt mit dem Umstand zusammen, daß die Ausdehnung des Warenverzeichnisses auf weitere Waren weder im Laufe des Anmeldeverfahrens noch nach erfolgter Eintragung möglich ist.³⁾

1) Einen solchen Fall enthält die "Dreitannen"-Entscheidung des BGH (BGHZ 32,133).

2) Welche Staaten dies sind, läßt sich der zusammenfassenden Darstellung ausländischer Markenrechte bei Rottger-Krieger entnehmen. Mit den meisten für den Export wichtigen Staaten, soweit sie nicht ohnehin von dem Erfordernis des Heimatschutzes absehen, bestehen Übereinkommen, daß deutsche Warenzeichenanmelder dort den Heimatschutz nicht nachweisen müssen. Das hat für die Angehörigen dieser Staaten den Vorteil, daß sie auch in Deutschland Warenzeichen ohne Rücksicht auf den Heimatschutz anmelden können (§ 35 Abs.3 WZG).

3) Vgl. das Merkblatt für Warenzeichenanmelder (Ausgabe Oktober 1954), Nr.2, abgedr. bei Baumbach, § 2 WZG, Anm.2.

Im Unterschied zu den Vorratswaren soll durch die Eintragung von Defensivwaren der Schutzbereich eines Warenzeichens in der Weise erweitert werden, daß auch solche Gegenzeichen bekämpft werden können, die sich auf ungleichartige Waren beziehen. Eine kosmetische Fabrik läßt sich beispielsweise ein so umfangreiches Warenverzeichnis eintragen, daß sie in der Lage ist, auch solche verwechslungsfähige Gegenzeichen abzuwehren, die sich etwa auf Düngemittel, Baustoffe oder ähnliches beziehen. Ähnlichkeit besteht zwischen den Defensivwaren und bestimmten Arten der unbenutzten Treuhandzeichen insofern, als mit beiden Einrichtungen der gleiche Zweck verfolgt wird, nämlich Schutzerweiterung durch Ausdehnung des Warenverzeichnisses auf betriebsfremde Waren. Die Bedeutung beider Institute ist jedoch nicht sehr groß. Die Zulässigkeit der Defensivwaren wird von der Rechtsprechung verneint,¹⁾ während die unbenutzten Treuhandzeichen offensichtlich in der Praxis wenig beliebt sind.

3. Die Problematik der unbenutzten Warenzeichen

Die Existenz von Defensivzeichen und Vorratszeichen wirft sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht eine Reihe von Fragen auf.

a. In der Praxis des Markenwesens wird darüber geklagt, daß viele Versuche, ein neues Warenzeichen zur Eintragung zu bringen, an den Widersprüchen auf Grund voreingetragener aber nicht benutzter Warenzeichen scheitern.²⁾ Unter diesen, die Zeichenrolle blockierenden, unbenutzten Zeichen stehen die Vorrats- und Defensivzeichen an erster Stelle. Oft rankt sich um

¹⁾ Vgl. z.B. RGZ 118,201; BGH GRUR 1956,172,175.

²⁾ Insbesondere die chemisch-pharmazeutische Industrie sieht sich wachsenden Schwierigkeiten bei der Anmeldung geeigneter Warenzeichen gegenüber, vgl. hierzu den anschaulichen Beitrag von Süner, "Chemische Warenzeichen im Spiegel der Zahlen." Zu dem Problem der Verknappung von Warenzeichen im allgemeinen vgl. Becher, GRUR 1958,328; Friedrich, Mitt. 1959,279 f.; Völz, WuW 1959,94; Miosga, GRUR 1961,266 f.; derselbe, MA 1961,977 ff.; BGH GRUR 1961,35 ("Dreitannen").

ein einziges benutztes Zeichen ein ganzes Gestrüpp unbenutzter Vorrats- oder Defensivzeichen.¹⁾ Schon vor mehr als 50 Jahren - solange beschäftigt sich die Rechtsprechung schon mit dem Problem der Defensivzeichen²⁾ - wurden bekannte Marken wie "Odol" und "Maggi" bereits durch mehr als 20 Defensivzeichen umrankt.³⁾ Zu jener Zeit, als die Zahl der eingetragenen Warenzeichen noch nicht so groß war, mögen sich die rein "papierernen Zeichen"⁴⁾ für die Eintragung von neuen Marken noch nicht so störend ausgewirkt haben. Damals war es ohne weiteres noch möglich, Phantasieworte in beliebiger Zahl zu finden, die mit keinem der bereits eingetragenen Zeichen kollidierten.⁵⁾ Heute hat sich dagegen durch das erhebliche Ansteigen des Markenartikelwesens in den letzten Jahren das Bild entscheidend gewandelt.⁶⁾ Bis zum Ende des Jahres 1960 waren in der Bundesrepublik 261 421 Marken gültig registriert. Die Zahl der jährlichen Eintragungen wächst nach dem Durchschnitt der letzten Jahre um etwa 13-14000.⁷⁾ Demgegenüber ist die Anzahl der Zeichen, die jährlich infolge Nichterneuerung oder aus anderen Gründen gelöscht werden, weit geringer.⁸⁾ Die Markenartikelhersteller sind bestrebt, nach Möglichkeit ihren Zeichenschutz aufrecht zu erhalten, selbst wenn es sich um lange Zeit nicht benutzte oder nicht mehr benutzte Marken handelt. Die früher einmal benutzten aber inzwischen vielleicht veralteten oder nicht mehr gängigen Marken sollen vor einem eventuellen Mißbrauch durch andere Hersteller geschützt werden und von den noch nicht benutzten Zeichen wird sich ein Unternehmer, selbst wenn die Werbewirksamkeit der Marken nicht sehr groß ist, nur ungern trennen, weil stets der Gedanke wach ist, man könne das Zeichen irgendwann vielleicht doch noch einmal gebrauchen.

1) Friedrich, Mitt. 1959, 280. Ein anschauliches Beispiel bietet auch die Entscheidung des OLG Hamburg, GRUR 1949, 374.

2) Vgl. das RG-Urteil vom 30.10.1908, RGZ 69, 376.

3) Tetzner, § 1 WZG, Anm. 36

4) Osterrieth, GRUR 1920, 40

5) Völp, S. 94

6) Becher, S. 326

7) Diese Zahlen ergeben sich aus dem Bl. 1961, 105 ff. und schließen die Schutzgewährungen für die nach dem Madrider Markenabkommen international registrierten Marken ein.

8) 1960 waren es insgesamt 6561 Zeichen, Bl. 1961, 109.

Die praktischen Schwierigkeiten, die sich dem Interessenten an einem neuen Warenzeichen entgegenstellen, werden besonders deutlich auf dem chemisch-pharmazeutischen Sektor. Hier wäre es ein seltener Glücksfall, wenn ein Unternehmer eine von ihm erdachte, werbekräftige Bezeichnung zur Anmeldung bringen würde, ohne daß nach erfolgter Bekanntmachung Widersprüche anderer Zeicheninhaber auf Grund bestehender und mit dem Anmeldezeichen ähnlicher Eintragungen erhoben würden. Häufig wird ein Warenzeichenanmelder zunächst eine private Vorprüfung auf das Vorhandensein älterer Zeichen vornehmen. Im anderen Falle riskiert er eine ganze Flut von Widersprüchen, was für ihn, von den eigenen Anmeldekosten abgesehen, ein nicht unerhebliches Kostenrisiko darstellen kann.¹⁾ Diese Vorprüfungen fallen in einem erstaunlich großen Prozentsatz negativ aus, d.h., die Prüfung ergibt die Ungeeignetheit des geplanten Zeichens, da bereits verwechslungsfähige Zeichen voreingetragen oder angemeldet sind. Ieschner²⁾ behauptet, daß die Tätigkeit des Schutzmarkendienstes³⁾ ergeben habe, "daß fast 90% aller dort vor der Anmeldung zur Überprüfung gegebenen Zeichen nicht oder kaum eintragungsfähig sind."

Trotz der Tatsache, daß viele Firmen nur solche Zeichen zur Anmeldung bringen, für die nach dem Ergebnis der Vorprüfung Aussichten für eine Eintragung gegeben sind, wird in Klasse 2⁴⁾ nach Schätzungen noch gegen 70 von 100 bekanntgemachten Anmeldungen Widerspruch erhoben.⁵⁾ Diese Widersprüche werden in der Hälfte der Fälle auf Grund eines Gegenzeichens, im übrigen auf Grund von zwei bis zehn Gegenzeichen eines oder mehrerer Inhaber erhoben.⁶⁾ Jeder in der Praxis des Markenschutzes Stehende weiß, welch ein Aufwand an Korrespondenz und guten Worten im Zusammenhang mit einer Warenzeichenanmeldung oft erforderlich ist,

1) Vgl. Gerstenberg, GRUR 1961, 170 ff.

2) Diskussionsbeitrag in GRUR 1955, 82

3) Der Schutz-Marken-Dienst Archivgesellschaft in Hamburg führt auf Lochkartenbasis Warenzeichenrecherchen jeder Art durch.

4) Diese Klasse enthält vor allem die von der chemisch-pharmazeutischen Industrie hergestellten Waren.

5) Sünner, S.188

6) Derselbe, ebenda

um die eine oder die andere der widersprechenden Firmen gegen Abgabe von Vorrechtserklärungen, Schutzbeschränkungserklärungen, Beistandsverpflichtungen und dergleichen mehr zu einer Zurücknahme des eingelegten Widerspruchs zu bewegen. Wenn mehrere Firmen Widerspruch erhoben haben, wird es jedoch nur selten gelingen, mit allen zu einer "außeramtlichen Regelung" zu kommen, so daß das Patentamt schließlich gem. § 5 Abs. 6 WZG über die Frage der Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens mit einem bereits eingetragenen entscheiden muß.

In welcher Weise sich die patentamtliche Prüfung der Eintragungsfähigkeit eines in Klasse 2 angemeldeten Zeichens auf das Verhältnis der Anmeldungen zu den Eintragungen auswirkt, zeigt die nachfolgende Übersicht aus den Jahren 1950-1960:¹⁾

	Anmeldungen	Eintragungen ²⁾
1950	3810	775
1951	3351	1445
1952	5299	2444
1953	4826	2875
1954	4866	2847
1955	4132	2493
1956	3397	1691
1957	4168	1427
1958	4347	1549
1959	4626	1428
1960	5051	1518

Ganz summarisch läßt sich demnach sagen, daß in den letzten

- 1) Die Zahlen sind dem Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen entnommen, wo jeweils in den ersten Heften eines neuen Jahrgangs eine Statistik aus dem Vorjahr erscheint.
- 2) Die nicht zur Eintragung gelangenden Warenzeichen scheitern zwar nicht allein, aber doch ganz überwiegend an prioritätsälteren Widerspruchszeichen. Daneben kommen als Zurückweisungsgründe hauptsächlich Formmangel der Anmeldungen und Bestimmungs- und Beschaffenheitsangaben in den angemeldeten Zeichen in Betracht. Im Jahre 1960 wurden von insgesamt 8864 zurückgewiesenen Anmeldungen 4658 wegen Übereinstimmung mit älteren Zeichen zurückgewiesen. - Die geringe Zahl von Eintragungen im Jahre 1950 ist offenbar darauf zurückzuführen, daß das Patentamt erst am 1. Oktober 1949 eröffnet wurde.

Jahren nur etwa 1/3 aller Anmeldungen in Klasse 2 zu einer Eintragung führte und daß sich die Tendenz abzeichnet, daß der Prozentsatz der Eintragungen gegenüber der Zahl der Anmeldungen noch weiter sinkt. Wenn man bedenkt, welche Hürden selbst in den Fällen der Eintragung meist zu überwinden sind, so ist dem BGH nur beizupflichten, wenn er sagt, daß die Entwicklung in neuester Zeit dazu geführt hat, "daß die Durchsetzung einer Neueintragung oft übermäßige Schwierigkeiten bereitet."¹⁾²⁾

Die Industrie, die einerseits über die Verstopfung der Zeichenrolle klagt,³⁾ zeigt sich andererseits mit der Beurteilung der Verwechslungsgefahr durch das Patentamt und die Gerichte nicht zufrieden. Das Deutsche Patentamt ziehe die Grenzen der Verwechslungsgefahr erstaunlich eng, behauptet Schwartz⁴⁾ als der Sprecher des Markenverbandes, in dem sich ein großer Teil der Markenartikelhersteller zusammengeschlossen hat. Diese Haltung der Industrie muß auf den ersten Blick inkonsequent erscheinen: Der Rollenüberfüllung kann nur abgeholfen werden, wenn der Schutzbereich eingetragener Warenzeichen in möglichst engen Grenzen gehalten wird; eine weite Ausdehnung des Schutzes eingetragener Marken muß dagegen notwendigerweise zu einer Verschärfung der Lage für die Neuanmelder führen und mithin zu einer Vermehrung der Beschwerden über die Rollenüberfüllung. Es sieht so aus, als ob es bei den von der Markenartikelindustrie erhobenen Forderungen nur ein "entweder-oder" gibt: Entweder kann versucht werden, der Rollenüberfüllung abzuweichen (durch eine "engherzige" Beurteilung der Verwechslungsgefahr) oder es wird der Schutzbereich "weitherzig" beurteilt, was jedoch den Eindruck einer noch stärkeren Rollenüberfüllung erwecken muß.

Wenn man einmal davon ausgeht, daß die von der Industrie erhobenen Forderungen (Abhilfe im Hinblick auf die Rollenüber-

1) BGH GRUR 1961,35 ("Dreitannen")

2) Die Schwierigkeiten, wie sie in Klasse 2 des Warenklassenverzeichnisses bestehen, ergeben sich in abgeschwächter Form auch in anderen Klassen, insbesondere in denen die für Warenzeichen der oben auf Seite 13 Anm.2 genannten Industrien in Betracht kommen.

3) Vgl. Süner, S.187; v.Kreisler-Ruprecht, S.436; Becher, S.328.

4) Diskussionsbeiträge in GRUR 1955,82

füllung und Garantie eines ausreichenden Schutzzumfangs eingetragener Warenzeichen) zu Recht bestehen, so gibt es nur einen **Ausweg**, um die anscheinend bestehende Unvereinbarkeit auszuräumen und beiden Forderungen gerecht zu werden: Die Freihaltung der Zeichenrolle von unbenutzten Warenzeichen. Wenn dies auch nur annähernd gelänge, gäbe es nicht nur mehr Platz in der Rolle, sondern es könnte auch eine die Industrie befriedigende Beurteilung der Verwechslungsgefahr stattfinden. Während heute noch der Schutzzumfang eingetragener Warenzeichen häufig deshalb bewußt eng bemessen wird, weil man einem rein "papierernen Zeichen" nicht den gleichen Rechtsschutz verleihen will wie einem durch Mühe und Fleiß und hohe Kosten im Verkehr bekannt gemachten Zeichen, wäre beim Vorhandensein von nur benutzten Warenzeichen die Möglichkeit gegeben, den Schutzzumfang in jedem Falle in eine vernünftige Relation zu setzen zu der jeweiligen Benutzungslage und der Bekanntheit des Zeichens.

Wie stark die Belastung der Zeichenrolle durch unbenutzte Zeichen ist, läßt sich auch nicht in etwa genau schätzen. Es spricht jedoch alles dafür, daß die Zahl der nicht benutzten Zeichen eminent hoch ist und die der benutzten bei weitem übersteigt. In dem vom BGH entschiedenen "Nordona"-Fall¹⁾ waren neben wenigen benutzten Zeichen "hunderte von unbenutzten Zeichen eingetragen."²⁾ Auch ein Blick in die veröffentlichten Warenzeichenanmeldungen (Warenzeichenblatt Teil I) läßt erkennen, wie vielfach versucht wird, eine Marke, die benutzt werden soll oder bereits benutzt wird, durch eine größere Zahl von Abwehr- oder vorratszeichen abzusichern.³⁾ Als eine bekannte Tatsache stellt es v. Kreisler hin,⁴⁾ "daß eine mittlere pharmazeutische Firma von etwa 100 bis 300 eingetragenen Zeichen bestenfalls 20% benutzt." Wenn auch die Richtigkeit einer solchen Schätzung

1) GRUR 1953, 486

2) Friedrich, S. 280. Vgl. auch die "Odorex"-Entscheidung des BGH in GRUR 1957, 224, wo für die Klägerin bei einem jährlichen Neubedarf von etwa 3 Zeichen 70 bis 90 Vorrats- und Defensivzeichen eingetragen waren.

3) Vgl. z.B. den markanten Fall im Warenzeichenblatt Teil I vom 14.3.1953, wo zur Absicherung der Marke "o.b." offensichtlich 44 weitere Zeichen angemeldet wurden.

4) GRUR 1954, 436

nur schwer zu überprüfen sein wird, so vermittelt sie doch einen Eindruck, welch eine Rolle die unbenutzten Warenzeichen spielen.

Das Störende an den unbenutzten Warenzeichen, sei es, daß sie Defensiv- oder Vorratscharakter oder beides haben, ist nicht so sehr ihre bloße Existenz, sondern die Tatsache, daß diese Zeichen benutzt werden, um anderen den Zeichenschutz für bestimmte Marken zu versperren. Wenn auch im Gegensatz zu der Praxis des Patentamts die Gerichte - heute mehr als früher - dazu neigen, bei der Abwägung der Interessen des älteren Zeicheninhabers gegenüber denen des Neuanmelders die tatsächliche Benutzungslage des Widerspruchszeichens zu berücksichtigen, so wird es doch um die unbenutzten Warenzeichen keine Ruhe geben, solange einerseits noch ständig Neuanmeldungen an voreingetragenen unbenutzten Zeichen scheitern und solange andererseits die Industrie, obwohl sie sich mit solchen Zeichen selbst schadet,¹⁾ immer noch von der Notwendigkeit der Eintragung von Defensivzeichen und Vorratszeichen überzeugt ist.

b. Die rechtlichen Probleme, die mit der Existenz von Defensiv- und Vorratszeichen aufgeworfen werden, liegen auf dem Spannungsfeld, auf dem die formalen Prinzipien des geltenden Warenzeichengesetzes zusammentreffen und in einen scheinbaren Widerspruch geraten zu dem wettbewerbsrechtlichen Verbot "des Mißbrauchs formaler Papierrechte"²⁾ und des Behinderungswettbewerbs sowie des entsprechenden Gebots "der Freihaltung des notwendigen Bewegungsspielraums für die Mitbewerber."³⁾ Es handelt sich bei den hier zu erörternden Fragen um den Teilbereich einer wettbewerbsrechtlichen Kernfrage, bei der es um die Gegensätzlichkeit "des Bereichs erworbener und vom Recht zugeordneter Güter zur wirtschaftlichen Entfaltungs- und Erwerbsfreiheit" geht.⁴⁾ "Die Persönlichkeit bedarf im allgemeinen, und im Wett-

1) Becher, GRUR 1958, 328

2) Friedrich, Mitt., S. 210

3) Derselbe, S. 277

4) Fikentscher, S. 309, der das Spannungsverhältnis, das entsteht durch das "Haben" des einen und das "Habendürfen" des anderen Wettbewerbers zum Hauptthema eingehender Erörterungen gemacht hat.

bewerb im besonderen, des rechtlichen Schutzes nach zwei sich widerstrebenden Richtungen. Im Bezug auf das, was sie hat und im Hinblick auf die Freiheit, Neues zu erwerben."¹⁾ Das Wettbewerbsrecht kann und darf die Wettbewerber nicht aufteilen in "Besitzende und Habenichtse, die vor der Tür stehen und ausgeschlossen bleiben."²⁾ Auf das Gebiet des Markenrechts übertragen bedeutet diese Forderung, daß "die reale Möglichkeit des Erwerbs von Kennzeichnungsschutz auch dann nicht übermäßig beschränkt" werden darf, "wenn der Andrang zur Zeichenrolle besonders groß ist."²⁾

Die wettbewerbsrechtlichen Normen sind also daraufhin zu überprüfen, inwieweit sie herangezogen werden müssen, um den Interessenwiderstreit zwischen den Inhabern alter und den Anmeldern neuer Warenzeichen in einer Weise zu lösen, die weder den einzelnen Wettbewerber unzumutbar belastet, noch störend für die allgemeine Wirtschaftsordnung wirkt.

Da es nach dem gegebenen Überblick die unbenutzten Warenzeichen - und unter ihnen vor allem die Defensiv- und Vorratszeichen - sind, die sich als besonders hinderlich für den Erwerb neuen Zeichenschutzes erweisen und da ferner gerade bei diesen Zeichen die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis zweifelhaft ist,³⁾ liegt der Versuch nahe, diese Art von Warenzeichen anhand wettbewerbsrechtlicher Normen auf ihre Zulässigkeit zu überprüfen. Hierzu ist es zweckmäßig, zunächst einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung unseres Warenzeichenrechts zu werfen, um dadurch zu einem besseren Verständnis der Wertungen zu gelangen, die unserem geltenden Warenzeichengesetz zugrunde liegen.

1) Fikentscher, S.210

2) Miosga, Mitt.1960, 230 (Anmerkung zum "Dreitannen"-Urteil)

3) Das ergibt sich einmal aus der zunehmenden Schutzbeschränkung unbenutzter Zeichen durch die Rechtsprechung und zum anderen aus den zahlreichen Stimmen der Literatur, die sich gegen diese Zeichen ausgesprochen haben.

II. Die geschichtliche Entwicklung und die formalen Grundlagen des deutschen Zeichenrechts.

1. Die geschichtliche Entwicklung

Das Warenzeichen war schon im Altertum, wie Kohler durch eine große Zahl eindrucksvoller Beispiele nachgewiesen hat,¹⁾ eine Institution ersten Ranges, "welche ihre Netze über das ganze Gebiet der antiken Kulturwelt erstreckte." Auf den Werken der chinesischen Porzellanfabrikation, den griechischen Skulpturen, Töpferwaren, Münzen und Gemmen und überall, wo Funde auf römisches Kulturleben hindeuten, finden sich Namen und Zeichen von Künstlern und Handwerkern, die auf den Schöpfer oder auf die Herkunftsstätte eines bestimmten Werkes hinweisen.

Es braucht nicht näher dargelegt zu werden, daß die Marken aus alter Zeit mit den modernen Warenzeichen nur entfernt vergleichbar sind. Fehlte doch damals ein entscheidendes Merkmal, dem das Warenzeichen etwa seit der letzten Jahrhundertwende seine steigende Bedeutung verdankt: die Herstellung bestimmter Waren in großen Mengen. Ein Warenzeichen, wie wir es heute verstehen, kann seine eigentliche Funktion, den Hinweis auf die Herkunft eines bestimmten Produkts und die damit zusammenhängende und mehr und mehr in den Vordergrund tretende Werbefunktion erst dann voll entfalten, wenn das Zeichen, sei es durch eine weite Verbreitung des mit ihm gekennzeichneten Produkts oder durch eine intensive Reklametätigkeit, eine gewisse Bekanntheit erlangt hat. Beides, sowohl die Massenherstellung als auch Ankündigungen, die mit unserer heutigen Reklame vergleichbar wären, waren in alten Zeiten unbekannt.

Im Mittelalter erlebte das Zeichenwesen infolge des Anwachsens von Handel und Gewerbe einen starken Aufschwung. Die Marken erfüllten zu dieser Zeit einen doppelten Zweck. Einmal sollten sie, wie schon die alten Ursprungszeichen dem Käufer als Hinweis auf

1) Das Recht des Markenschutzes, S.30 ff.

die Herkunft eines Produktes dienen. Zum anderen bekamen die Marken einen gewerbepolizeilichen Einschlag.¹⁾ Auf Grund zahlreicher Zunftordnungen hatten die Meister nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, ein bestimmtes Zeichen ihr Leben lang auf den von ihnen hergestellten Erzeugnissen anzubringen.²⁾ Dadurch sollte der zunftmäßigen Warenkontrolle ein sicherer Halt gegeben werden. In die Zeit des ausgehenden Mittelalters lassen sich auch die ersten Eintragungen von Marken in Zeichenregister zurückverfolgen.³⁾ Ein solches Register gab es bereits in Danzig im Jahre 1420 und in Frankfurt in 1556.⁴⁾

Eine erste allgemeine Regelung des gesamten Markenwesens brachte das Reichsgesetz über den Markenschutz vom 30.11.1874.⁵⁾ Gegenüber dem heutigen Rechtszustand enthielt das damalige Gesetz folgende wichtigen Abweichungen:

1. Nur ein Kaufmann, dessen Firma in das Handelsregister eingetragen war, konnte ein Warenzeichen anmelden.
2. Das Zeichenregister wurde im Anschluß an das Handelsregister von den Amtsgerichten geführt.
3. Es gab keine amtliche Prüfung auf das Vorhandensein älterer, verwechslungsfähiger Marken und kein Aufgebot, um älteren Zeicheninhabern Gelegenheit zu geben, sich einer Neuanschuldung zu widersetzen. In Kollisionsfällen war die prioritätsjüngere Marke ipso iure nichtig.
4. Die Registrierung war ausschließliche Voraussetzung für die Entstehung des Zeichenrechts (kein Ausstattungsschutz). Ein älteres, in Gebrauch befindliches, aber nicht registriertes Zeichen mußte dem später eingetragenen, verwechselbaren Zeichen weichen.

Die Unzulänglichkeiten des Gesetzes von 1874 erwiesen sich bald als so groß, daß es schon 20 Jahre später durch das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12.5.1894⁶⁾ ersetzt wurde.

1) Busse, Einführung, S.4

2) Kohler, S.44 ff. mit vielen Beispielen

3) Vgl. Meldau, GRUR 1938,302

4) Busse, Einführung, S.4

5) RGBl.S.143

6) RGBl.S.441

Das neue Gesetz hielt zwar an dem Eintragungsgrundsatz fest, so daß auch weiterhin die Registrierung grundsätzlich Voraussetzung für die Entstehung eines Ausschließlichkeitsrechts war. Gegenüber dem Gesetz von 1874 waren dagegen folgende Neuerungen eingetreten:

1. Jeder Gewerbetreibende konnte die Zeichenregistrierung beantragen.
2. Zentralisierung des Zeichenwesens beim Patentamt.
3. Einführung des Vorprüfsystems.
4. Kennzeichnungsschutz auch ohne Eintragung in eng umgrenzten Fällen (Ausstattung).

Die Kritik an dem Gesetz von 1894 ließ wiederum nicht lange auf sich warten. Neben der Frage, ob das amtliche Vorprüfungsverfahren durch ein Aufgebotsverfahren ersetzt werden sollte, wurde insbesondere der formalistische Standpunkt des Gesetzes erörtert. Man hielt das Übergewicht dessen, der eine Warenzeicheneintragung erwirkt hatte, für zu groß gegenüber demjenigen, der ein Zeichen früher angenommen und benutzt hatte und kritisierte die Vernachlässigung des Schutzes desjenigen, der ein nicht eingetragenes Zeichen gebrauchte.¹⁾ Man erblickte darin eine Überbewertung des Registersystems.

Der Entwurf zum Erlaß eines neuen Warenzeichengesetzes aus dem Jahre 1913 trug den vorgebrachten Bedenken Rechnung und schlug die gesetzliche Normierung eines Vorbenutzungsrechts und einen warenzeichenrechtlichen Schutz für den nichteingetragenen Benutzer einer Marke vor.²⁾ Die Erfahrung habe gelehrt, so heißt es in dem Entwurf, daß die starre Durchführung des Grundsatzes, daß der Markenschutz durch die Eintragung bedingt ist, zu Unzuträglichkeiten geführt habe. "Der gutgläubige Benutzer, der aus entschuldbaren Gründen die Anmeldung beim Patentamt versäumt, muß dem skrupellosen Zeichenjäger weichen, der die Eintragung erwirkt. ... Indem das geltende Gesetz den formlosen Zeichengebrauch als solchen vernachlässigt, setzt es sich dem Vorwurf

1) Ulmer, S.19 ff.

2) Vgl. den "Entwurf eines Warenzeichengesetzes" in Bl. 1913, 45 ff.

formalistischer Überspannung des Eintragungsprinzips aus. Hierdurch werden Billigkeitsansprüche ohne Not verletzt." Der in Rede stehende Grundsatz "erweist sich als zu streng und einseitig und die Änderung des Gesetzes als unumgänglich."¹⁾

Infolge der Kriegs- und Nachkriegsjahre wurde der Entwurf von 1913 nicht weiter bearbeitet. Während im Jahre 1922 die Klasseneinteilung und die Klassegebühr eingeführt wurden, nahm erst ein erneuter Entwurf aus dem Jahre 1929 zu den Reformvorschlägen von 1913 Stellung.²⁾ In diesem Entwurf wurde wegen allgemeiner Ablehnung das Aufgebotssystem fallen gelassen und die Fragen des Vorbenutzungsrechts sowie des Schutzes nichteingetragener Zeichen nicht weiter behandelt, da man diese Probleme wegen der Entwicklung der Rechtsprechung als überholt ansah.³⁾ Der Entwurf von 1929 führte schließlich zum Erlaß des jetzt geltenden Warenzeichengesetzes vom 5.5.1936.⁴⁾

In der Hauptsache hatte sich das neue Gesetz drei Aufgaben gestellt:⁵⁾ Anpassung des Gesetzestextes an neu gewonnene Erkenntnisse der Rechtsprechung⁶⁾, Einarbeitung der sich aus den internationalen Verträgen ergebenden Verpflichtungen und Einarbeitung der zahlreichen ergänzenden Verordnungen und Gesetze auf dem Gebiet des Zeichenwesens.

Die Gesetzesänderungen, die bis zum Ende des zweiten Weltkrieges vorgenommen wurden, betrafen vorwiegend das Gebührenwesen und

1) Bl. 1913, 54

2) Im Jahre 1923 erfolgte zwar eine Neufassung des Warenzeichengesetzes, die jedoch keine Umarbeitung des Gesetzesstoffes darstellte, sondern nur die gültige Fassung des Gesetzes auf Grund einiger - hier nicht interessierender - Gesetzesänderungen feststellte. Es sollen nur solche Gesetzesänderungen erwähnt werden, die eine Beziehung zum gestellten Thema aufweisen.

3) Pinzger, S. 2

4) RGBl. II, 134

5) Vgl. Pinzger, S. 3

6) So wurde z.B. durch den neuen § 25 der Ausstattungsschutz weit über den bisherigen § 15 ausgedehnt: Für den Schutz eines Zeichens ist die Verkehrsgeltung nunmehr eine der Eintragung gleichwertige Voraussetzung (vgl. Baumbach, Einl. zum WZG, Anm. 13). Ferner läßt der neu eingeführte § 4 Abs. 3 trotz absoluter Versagungsgründe die Eintragung eines Zeichens zu, wenn dieses Verkehrsgeltung besitzt. Über die Entwicklung der Rechtsprechung im einzelnen vgl. unten unter III.

verfahrensrechtliche Fragen.¹⁾ Im Jahre 1945 trat durch die Schließung des Reichspatentamtes für 4 1/2 Jahre ein Rechtsstillstand ein. Anschließend wurde durch die Eröffnung des Deutschen Patentamtes in München am 1.10.1949 und durch den Erlass von Überleitungsgesetzen innerhalb von 4 Jahren der deutsche gewerbliche Rechtsschutz wieder aufgebaut. Von besonderer Bedeutung für das Warenzeichenrecht waren das erste und vierte Überleitungsgesetz aus den Jahren 1949 und 1953. Es trat zunächst eine bedeutsame Änderung im Eintragungsverfahren ein. Die bisherige amtliche Prüfung hinsichtlich des Bestehens von wechselungsfähigen Voreintragungen und die Benachrichtigung der älteren Zeicheninhaber wurde durch ein öffentliches Aufgebotsverfahren ersetzt. Das 5. Überleitungsgesetz vom 5.7.1953 brachte eine neue Bundesfassung des Warenzeichengesetzes. Von der erwähnten Änderung im Eintragungsverfahren abgesehen enthielt die Neufassung keine einschneidenden Neuerungen. Die zur Zeit gültige Fassung auf Grund des 6. Überleitungsgesetzes vom 6.5.1961²⁾ sah neben einigen weniger bedeutsamen Veränderungen vor allem das Beschwerdeverfahren bei dem neu errichteten Bundespatentgericht vor.³⁾

2. Die Überbewertung des Registereintrags im geltenden Recht

Eine kritische Betrachtung der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts von dem Reichsgesetz über den Markenschutz von 1874 bis zu dem WZG in der Fassung und Bekanntmachung des Jahres 1961 zeigt, daß damals wie heute das Gesetz in seinen entscheidenden Teilen von formalen Gesichtspunkten beherrscht wird. Nach deutschem Recht ist - im Gegensatz zu den meisten ausländischen Rechtsordnungen - das Warenzeichen seiner Entstehung nach ein förmliches Recht, d.h. es gründet sich auf die Eintragung und gewährt dem Inhaber im Rahmen der bestehenden Eintragung ein ausschließliches Benutzungsrecht. Es herrscht bei uns das s.g. Eintragungsprinzip, bei dem die Eintragung

1) Vgl. die Zusammenstellung bei Busse, S.8

2) BGBl. I, 574

3) Vgl. insbesondere § 13 der neuen Fassung

konstitutiv für die Entstehung eines Warenzeichens wirkt. Der Warenzeichenschutz ohne Eintragung, wie er in § 25 WZG normiert ist, bildet - im Gegensatz zu den Rechtssystemen, bei denen die Zeicheneintragung nur deklaratorische Wirkung hat - eine Ausnahme und hat die Verkehrsanerkennung des zu schützenden Zeichens zur Voraussetzung. Während im Ausland Zeichenschutz vielfach nur dann gewährt wird, wenn die Marke zuvor im Verkehr benutzt worden ist, verleiht das deutsche Recht diesen Schutz allein auf Grund der Eintragung und ohne Rücksicht darauf, ob das Zeichen jemals zu Kennzeichnungszwecken verwendet worden ist. Auch der Fortbestand des Zeichenrechts hängt nach dem WZG nicht von der Benutzung des Zeichens ab, sondern beruht ausschließlich auf dem Registereintrag. Diese von vielen anderen Rechtsordnungen abweichende Regelung hat der Gesetzgeber von 1894 bewußt gewählt. In der Begründung zu § 8 des Entwurfs eines Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen¹⁾ heißt es:

"Von verschiedenen Seiten wird angeregt, den formalen Standpunkt des geltenden Rechts zu verlassen und nach dem Vorgang ausländischer Gesetzgebung nicht die Anmeldung, sondern den durch den früheren Gebrauch eines Zeichens begründeten Besitzstand über die Priorität entscheiden zu lassen, ... aber ... neugewählte Zeichen unverweilt und ohne daß sie zuvor bekannt werden, zur Eintragung zu bringen, hat jeder in der Hand."

Das - wenn auch in gemäßigter Form - heute noch geltende Eintragungsprinzip ist der Grund dafür, daß Deutschland von den an Warenzeichenfragen interessierten Kreisen des Auslands zu den Ländern gezählt wird, in denen die Gefahr der "Warenzeichenpiraterie" besteht. So weist z.B. Scher die amerikanischen Markenartikelhersteller mit Nachdruck daraufhin, baldmöglichst die für den Export in Frage kommenden Marken in den Ländern anzumelden, in denen der Ersteingetragene als der rechtmäßige Warenzeicheninnhaber gilt. Es komme dort immer wieder vor, daß skrupellose Geschäftsleute sich bekannte amerikanische Marken eintragen ließen, um dann den in Wahrheit berechtigten Markeninhabern ihre Bedingungen zu diktieren, wenn der berechnete Inhaber um Registrierung nachsucht oder den Verkauf seiner

¹⁾ Abgedruckt bei Geitel, S.27 f.

Produkte beginnen will. Vom Standpunkt der Länder aus gesehen, die den Warenzeichenschutz nicht an die Registrierung, sondern an den ersten Gebrauch knüpfen, erscheint es nur gerechtfertigt, wenn Scher¹⁾ sagt:

"It is unfortunate that the laws of many foreign countries make registration conclusive evidence of ownership, so that the first applicant for the registration of a trade mark is regarded as the actual owner of the trade-mark whether he has used it or not."

Das Eintragungsprinzip, das im Gegensatz zu dem Erstbenutzungsprinzip den Formalakt der Registrierung als die Grundlage für den Warenzeichenschutz ansieht, ist im deutschen Recht tief verwurzelt.²⁾ Der Grund dafür, daß unser Warenzeichengesetz der Registrierung mehr Bedeutung beimißt als dem tatsächlichen Gebrauch einer Marke liegt in dem Umstand begründet, daß zu Beginn der Entwicklung des deutschen Warenzeichenrechts gegen Ende des vorigen Jahrhunderts die notwendige Verbindung zwischen dem Recht der Warenbezeichnungen und dem Recht gegen den unlauteren Wettbewerb nicht hergestellt wurde. Die Entfremdung von Wettbewerbsrecht und Warenzeichenrecht bezeichnet Fikentscher³⁾ geradezu als eine für Deutschland charakteristische Entwicklung. Zunächst, bei Erlaß des Gesetzes von 1874, war der Gedanke eines zivilrechtlichen Wettbewerbsschutzes völlig verkümmert.⁴⁾ Man befürchtete von dem Erlaß wettbewerbsregelder Vorschriften einmal eine Einschränkung des neugewonnenen Grundsatzes der Gewerbefreiheit und zum anderen herrschte in Anlehnung an das Zunftdenken die Vorstellung, daß das, was zur Regelung des Wettbewerbs not tue, Sache staatlicher Reglementierung sei und damit dem Verwaltungsrecht angehöre.⁵⁾ Nachdem

1) S.87

2) Ulmer, S.19

3) S.151

4) Baumbach, Anm.10 der Einleitung zum WZG

5) Ulmer, S.18. Das RG machte zudem in seiner Entscheidung im 3.Band, S.68 die verheißungsvollen Ansätze zu einem zivilrechtlichen Wettbewerbsschutz, die sich im französischen Rechtsgebiet des Rheinlands zeigten, durch einen "ungeheuerlichen Umkehrschluß" zunichte, indem es aus der Schaffung des Markenschutzgesetzes von 1874 folgte, daß auf wettbewerbsrechtlichem Gebiet alles erlaubt sei, was dieses Gesetz nicht verbiete (vgl.Baumbach, Anm.10 der Einl.zum UWG).

auch das Gesetz von 1894 - von der dürftigen Regelung des Ausstattungsschutzes in den §§ 15, 16 abgesehen - keine Bestimmungen zum Schutze des lautereren Wettbewerbs aufgenommen hatte, wurde erst durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aus dem Jahre 1909 eine umfassende Regelung der Materie vorgenommen. Die formalistischen Vorstellungen im Warenzeichenrecht, die für den Anfang der Entwicklung kennzeichnend waren, hatten sich jedoch in der herrschenden Rechtsauffassung so tief verankert, daß sich mit Erlaß des UWG keineswegs die Erkenntnis allgemein durchsetzte, daß auch das Markenrecht in erster Linie ein Recht zur Abwehr unlauteren Handelns ist.¹⁾ Wenn auch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Laufe der weiteren Entwicklung versuchte, die gemeinsame Basis von Warenzeichenrecht und Wettbewerbsrecht immer mehr in den Vordergrund zu rücken, so reichen doch die Auswirkungen aus der ursprünglichen Entfremdung beider Rechtsgebiete bis in die jüngste Zeit hinein. Gerade weil unser Warenzeichenrecht in seinen Anfängen von einer heute weitgehend überwundenen formalistischen Grundeinstellung gekennzeichnet war, wäre es wünschenswert gewesen, wenn das geltende Gesetz den ursprünglich herrschenden Auffassungen eine klare Absage erteilt hätte. Dadurch hätte nicht nur eine große Zahl von Prozessen vermieden werden können, die auf Grund bloßer Papierrechte geführt wurden und zum Teil schließlich doch in einer Niederlage endeten; es wäre auch im Interesse der Rechtssicherheit zweckmäßiger gewesen, wenn durch das Gesetz der Schutzzumfang von nichtbenutzten Warenzeichen klargestellt worden wäre. Das Schweigen des Gesetzes hatte zur Folge, daß die Rechtsprechung dazu überging, unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten den Schutz von unbenutzten Warenzeichen von Fall zu Fall immer mehr einzuschränken, bis schließlich der heutige Rechtszustand erreicht war, auf Grund dessen einer großen Gruppe von unbenutzten Zeichen keinerlei praktische Bedeutung mehr zukommt. Mangels einer gesetzlichen Grundlage und im Hinblick auf eine noch im Formalen verhaftete Rechtstradition konnte sich die Rechtsprechung bisher jedoch nicht entschließen, den längst fälligen Schlußstrich unter das Kapitel der unbenutzten Warenzeichen zu ziehen und bestimmte Kategorien von eingetragenen Warenzeichen für rechtswidrig zu erklären.

1) Adler, S. 154 ff.

III. Die Fortentwicklung des Warenzeichenrechts durch das Wettbewerbsrecht

Da es sich bei dem Warenzeichenrecht in besonders starkem Maße um Richterrecht handelt,¹⁾ würde die bloße Betrachtung der gesetzesgeschichtlichen Entwicklung dieses Rechtsgebiets nur einen höchst unvollkommenen Eindruck darüber vermitteln, welche Triebkräfte in der Vergangenheit am Werke waren, bis der heutige Rechtszustand erreicht worden ist. Ja man muß sagen, daß eine praxisgerechte Anwendung unseres heutigen Warenzeichengesetzes kaum denkbar wäre, wenn nicht auf bewährte Grundsätze zurückgegriffen werden könnte, die in jahrelanger Arbeit von der Rechtsprechung und Wissenschaft sowie von der Spruchpraxis des Patentamts entwickelt worden sind. Einige neuere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes²⁾ und des Patentamts³⁾ machen es gerade wieder in besonderem Maße deutlich, "daß das Gebäude des gewerblichen Rechtsschutzes nichts Statisches ist, sondern daß an allen Ecken und Enden unermüdlich gebaut, eingerissen, in die Höhe und Tiefe geführt wird."⁴⁾

Es liegt nicht innerhalb des Zweckes dieser Arbeit, die gesamte höchstrichterliche Rechtsprechung zum Warenzeichenrecht in ihren entscheidenden Stadien zu verfolgen. Es soll lediglich untersucht werden, in welcher Weise zunächst das Reichsgericht und später der Bundesgerichtshof zu den formalen Prinzipien des WZG Stellung genommen haben und welche Bedeutung man insbesondere der Nichtbenutzung eines Warenzeichens im Hinblick auf den Schutzzumfang und die Rechtsbeständigkeit des Zeichens beilegte.

1. Zur besseren Übersicht soll die Rechtsprechung des Reichsgerichts in drei Entwicklungsstufen verfolgt werden.

1) Miosga, Probleme des Zeichenrechts, GRUR 1961, 266

2) vgl. BGH GRUR 1957, 228 ("Astra-Wolle"); GRUR 1957, 224 ("Odorex"); GRUR 1961, 33 ("Dreitannen").

3) Vgl. PA Bl. 1952, 328; Bl. 1958, 112 und Bl. 1959, 119.

4) Miosga, Probleme des Zeichenrechts, GRUR 1961, 266

a. Die Entscheidungen zu den alten Markengesetzen sind durch die gleiche formalistische Denkungsweise gekennzeichnet, die auch den damaligen Gesetzen selbst zugrunde lag. Bis zum Beginn der zwanziger Jahre lassen zahlreiche Entscheidungen durchblicken, daß die patentamtliche Eintragung eines Zeichens für die Gerichte autoritative Bedeutung besaß. Das RG stand in dieser Zeit auf dem Standpunkt, daß der formale Akt der Registrierung auf alle Fälle ein wirksames Markenrecht schaffe und daß die Benutzung eines eingetragenen Zeichens nicht rechtswidrig sein könne, selbst dann nicht, wenn das Zeichen in unlauterer Absicht angemeldet worden war, indem z.B. der Anmelder an dem Arbeitsergebnis eines anderen schmarotzen wollte, der für das gleiche Zeichen - ohne es eintragen zu lassen - bereits Verkehrsgeltung erworben hatte.¹⁾ Den Gipfelpunkt dieser Entwicklung bilden die RG-Entscheidungen vom 22.1.1898 und vom 2.3.1900.²⁾ Die erstgenannte Entscheidung hatte sich mit folgendem Fall zu beschäftigen: A besaß für seine Waren eine verkehrsbekannte Ausstattung. B ließ sich in Kenntnis dieses Umstandes den schutzfähigen Teil der Ausstattung eintragen. A verklagte den B auf Löschung auf Grund des damaligen § 15, der nach der amtlichen Begründung zum Entwurf des Gesetzes von 1894 eingeführt worden war,

"weil es sich mit der Redlichkeit im Verkehr nicht verträgt, wenn die charakteristische, in den Abnehmerkreisen bekannte und als Ursprungszeichen behandelte Art der äußeren Ausstattung, unter welcher ein bestimmtes Geschäft seine Waren in den Verkehr zu bringen gewohnt ist, von einem anderen zu dem Zwecke benutzt wird, um mittels einer Täuschung des Publikums die Wertschätzung der eigenen Waren zu steigern!"³⁾

Das Reichsgericht wies jedoch die Klage ab und führte in seiner Entscheidung aus:

"Die Beklagte ist rechtmäßige Inhaberin des Zeichens geworden und kann sich daher auch durch dessen Gebrauch keiner Gesetzesverletzung mehr schuldig machen. Ihr Recht greift auch gegenüber dem nach § 15 erworbenen und geschützten Besitzstande durch. Ob sie um diesen Besitz-

1) Vgl. RGZ 18,93; 20,71; 25,114; 29,59; 36,14; 52,34. Siehe ferner Adler, S.154; Reimer, GRUR 1932, S.345 f.

2) Bl.1899,19 und Bl.1900,216

3) Begründung zu § 14 des Entwurfs, zit. nach Adler, S.154.

stand warte, als sie zur Anmeldung schritt, und ob sie sie vornahm, um durch den Erwerb eines eigenen Vorzugsrechts den anderen im Genuß zu stören, ist rechtlich ohne Bedeutung. Das Zeichenrecht, das auf der amtlichen Eintragung beruht, hebt dieses Ausstattungsrecht des § 15 auf.'

Die gleiche formalistische Einstellung liegt der zweiten Entscheidung zugrunde, in der es heist:

"Gegenüber der Eintragung des Warenzeichens kann ... der Einwand eines dolosen Verfahrens nicht geltend gemacht werden. Durch die Herbeiführung der Eintragung des Zeichens hat die Klägerin von einem ihr gemäß den Bestimmungen und der Tendenz des Warenzeichengesetzes zustehenden Rechte Gebrauch gemacht, und die Schädigung der Beklagten erscheint nicht als Folge eines widerrechtlichen Vorgehens der Klägerin, sondern des eigenen Verhaltens der Beklagten, welche ihrerseits erst mehrere Jahre nach dem Inkrafttreten des Warenzeichengesetzes vom 12.5.1894 die nach demselben auch ihr freistehende Eintragung ihres Warenzeichens in die Zeichenrolle erwirkt hat."

Scharf kritisierend hat Adler¹⁾ aus dieser Entscheidung folgende Leitsätze herausgelesen: "Durch die Eintragung wird ein gültiges Zeichenrecht auch dann begründet, wenn es sich um eine zum Zwecke der Täuschung der Abnehmer nachgemachte (gefälschte) Marke handelt. Die sonst im Recht geltenden Gesetze über Treu und Glauben und über Arglist haben gegenüber dem formalen Prinzip des Warenzeichengesetzes keine Gültigkeit."

b. Eine allgemeine Wandlung im Sinne einer Abkehr von dem starren Formalismus bahnt sich erst nach Erlass des BGB an. Die Entwicklung in dieser zweiten Phase der Rechtsprechungspraxis zum Warenzeichenrecht findet dann durch die Einführung des UWG aus dem Jahre 1909, insbesondere durch die darin enthaltene Generalklausel zum Schutze des lautereren Wettbewerbs, eine kräftige Stütze. Der § 826 BGB, so heißt es in einer Entscheidung vom 11.4.1901²⁾, habe die bestehenden gesetzlichen Lücken auszufüllen und er sei "dazu geeignet und vom Gesetzgeber dazu bestimmt, eine Schutzwehr gegen illoyale Handlungen in umfassender Weise zu gewähren." Die "Sansibar"-Entscheidung aus dem Jahre 1907³⁾ befaßt sich dann - wenn auch mit einer sehr vorsichtigen

1) S. 155

2) RGZ 48, 119

3) RGZ 66, 236 = MuW XII, 20

Begründung"¹⁾ - mit dem Anwendungsbereich des § 826 BGB in bezug auf das Warenzeichenrecht. Es wird hervorgehoben, daß man davon auszugehen habe, daß der durch § 12 WZG (heute § 15) gewährleistete Schutz durch die Anrufung des § 826 BGB nicht illusorisch gemacht werden dürfe. Es konnte jedoch Fälle geben, in denen durch die Eintragung nach der Art und Weise der Erlangung und nach deren Endzweck gegen die guten Sitten verstößen werde.

In diesem Zeitabschnitt, in dem das Reichsgericht dazu überging, die Ausübung der Rechte aus einem eingetragenen Warenzeichen im Lichte der allgemeinen Rechtsordnung zu betrachten, finden sich auch die ersten Entscheidungen über Vorrats- und Defensivzeichen. Überwiegend wird davon ausgegangen, daß diesen Zeichen, da das deutsche Warenzeichenrecht einen Benutzungszwang nicht kenne, der volle Schutz des Gesetzes zukommen müsse.²⁾ Wie die Entscheidung vom 30.10.1908³⁾ erkennen läßt, wurde zwischen dem Defensivzweck und dem Vorratscharakter eines unbenutzten Zeichens nicht klar unterschieden. Im Gegensatz zu der Ansicht des Berufungsgerichts stellte sich das RG auf den Standpunkt, daß es nach dem Gesetz nicht erforderlich sei, daß ein Zeichen an den Waren sofort angebracht werde. Der Inhaber eines eingetragenen aber vorläufig nur zu Defensivzwecken verwendeten Warenzeichens könne immer noch zur Benutzung übergehen. Ein Defensivzeichen sei daher eintragbar und genieße den "vollen Schutz" des Warenzeichengesetzes. Damit wurde mit einer Begründung, die besser auf die Vorratszeichen gepaßt hatte, die Schutzzähigkeit der Defensivzeichen anerkannt. Später, als zwischen Defensiv- und Vorratszeichen klar unterschieden wurde, fand sich das RG jedoch nicht bereit, "seine ursprüngliche Fehlvorstellung durch die Aufgabe der Defensivzeichen zu berichtigen."⁴⁾

Unter klarer Unterscheidung zwischen beiden Zeichenarten wurde in der "Pecose"-Entscheidung vom 4.11.1919⁵⁾ die Schutzwürdigkeit von Vorratszeichen näher begründet:

¹⁾ Wittenberg, S.14

²⁾ Vgl. z.B. RGZ 69,376; 97,90; 97,302.

³⁾ RGZ 69,376

⁴⁾ Becher, S.326

⁵⁾ RGZ 97,90

"Die auf Vorrat eingetragenen Zeichen sind anders als die s.g. Defensivzeichen nicht von vorneherein jedem Gebrauch entzogen, vielmehr sollen sie künftigem Gebrauch dienen und werden gerade um deswillen, nur vorsorglich, jetzt schon eingetragen. Von solchen Zeichen kann aber nicht gesagt werden, daß sie ihrem Wesen nach keine Warenzeichen seien, des ihnen innewohnenden Zweckes, im Verkehr der Kennzeichnung von Waren und ihrer Herkunft aus einem bestimmten Geschäftsbetriebe zu dienen, schlechthin entbehren. Ihre Eintragung entspricht den in den §§ 1 und 2 an solche Zeichen gestellten Anforderungen und liegt innerhalb des Rahmens und der Aufgabe, die sich das Warenzeichen gestellt hat. Daher sind grundsätzlich vom Standpunkt des formalen Zeichenrechts die Eintragungen von "Vorratszeichen" zur vorläufigen Erlangung des Rechtsschutzes nicht zu beanstanden."

Bezeichnenderweise fährt dann die Entscheidung unter Berücksichtigung wettbewerbsrechtlicher Überlegungen fort:

"Es muß aber weiter ein Bedürfnis der Industrie nach solchen vorläufigen Anmeldungen von Warenzeichen auf Vorrat anerkannt werden, so daß darin auch keine dem guten Willen des Wettbewerbs zuwiderlaufende Ausübung eines formalen Rechts auf Kosten der freien gleichberechtigten Wettbewerber erblickt werden kann."

Der letzte Satz dieser Entscheidung charakterisiert den Stand der Rechtsprechung zu Beginn einer neuen Periode, die Anfang der zwanziger Jahre beginnt. Die Abkehr von dem formalistischen Denken war vollzogen. Man begann in Zweifelsfällen die Rechte aus einem eingetragenen Warenzeichen darauf zu überprüfen, ob ihre Ausübung nicht einen Sittenverstoß (§ 826 BGB) oder ein wettbewerbslich unlauteres Verhalten (§ 1 UWG) darstellte. Die Überwindung der ursprünglichen Auffassung, daß die Geltendmachung von Rechten aus einem formal gültigen Warenzeichen niemals rechtswidrig sein könne, war jedoch trotz § 826 BGB und § 1 UWG nicht leicht¹⁾ und selbst der Reformentwurf von 1913 zeigt, wie man zwar guten Willens war, aber noch zu sehr in bisherigen Anschauungen verhaftet war, um dem Wettbewerbsgedanken in dem erforderlichen Maße zum Durchbruch zu verhelfen.

c. Erst in dem folgenden Zeitabschnitt wird allgemein erkannt, daß das Warenzeichenrecht einen Bestandteil des Wettbewerbsrechts darstellt und daß die Verletzungstatbestände des Waren-

¹⁾ Adler, S. 155

zeichenrechts als Beispielsfälle der Generalklausel des § 1 UWG aufzufassen sind.¹⁾ In der bekannten "Goldina"-Entscheidung vom 19.6.1925²⁾, die weithin als Markstein in der Rechtsprechung zum WZG angesehen wird³⁾, wurde einem Vorratszeichen der Schutz deshalb versagt, weil die Inhaberin dieses Zeichens untätig zugesehen hatte, wie sich ein verwechslungsfähiges jüngeres Zeichen in den beteiligten Verkehrskreisen durchsetzte und geradezu zum Kenn- und Schlagwort für ein Unternehmen wurde. Die auf Grund des Vorratszeichens erhobene Verletzungsklage wurde abgewiesen und die Klägerin zur Löschung des Klagezeichens verurteilt:

"Das formale Zeichenrecht darf nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die das Recht höherer Ordnung gibt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lautereren Wettbewerbs und der guten Sitten, in deren Dienst auch das formale Zeichenrecht steht, nicht aber zur Verübung unlauterer Handlungen und zur Verletzung materiellen Rechts. Verstößt die Benutzung eines Warenzeichens gegen die guten Sitten, so kann seine Löschung verlangt werden."

Zwar wurde die Einführung des Begriffs vom "Recht höherer Ordnung" in der Literatur heftig kritisiert⁴⁾; es wurde aber trotz der nicht ganz glücklich gewählten Ausdrucksweise deutlich, worauf das RG hinaus wollte. Es sollten jetzt endgültig die alten Rechtsauffassungen über Bord geworfen⁵⁾ und der Weg geebnet werden für ein Zeichenrecht, das im Dienste des lautereren Wettbewerbs mit dem Wettbewerbsrecht eine Synthese eingehen sollte mit dem Ziel eines organischen Zusammenwirkens beider Rechtsgebiete. Es ist insbesondere das Verdienst Ulmers⁶⁾, auf die Notwendigkeit einer solchen Synthese hingewiesen zu haben. Den Eigenwert des formalen Zeichenrechts erblickte Ulmer in dem Prinzip der Entwicklungsbegünstigung: Schon ehe eine Marke sich im Ver-

1) Wittenberg, S.155

2) RGZ 11,192 = JW 1925,2453 = MuW XXV,72 = Bl.1926,34.

3) So bei Reimer, GRUR 1932,346; Wassermann, S.166; v.Kreisler, S.435 und Baumbach, Anm.243 der Einl. zum UWG.

4) Vgl. z.B. Seligsohn, GRUR 1927,367; Ladenberger, GRUR 1928, 207; heute insbesondere Baumbach, Anm.5 der Einl. zum UWG, wo daraufhingewiesen wird, daß der Eigenwert des Zeichenrechts innerhalb des Wettbewerbsrechts verkannt werde, wenn der Anschein erweckt werde, daß es sich beim Zeichenrecht um ein Recht "niederer Ordnung" handelt.

5) Reimer, GRUR 1932,346

6) Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb, S.63 ff.

kehr bewährt habe, solle der Inhaber einer Monopolstellung sicher sein, damit er die Chance habe, unter dem Schutze dieser Monopolstellung dem Zeichen Anerkennung und Geltung im Verkehr zu verschaffen. Das Zeichenrecht mache es sich u.a. zur Aufgabe, "die Entwicklung, das werdende Zeichen zu begünstigen, während das Wettbewerbsrecht erst dem anerkannten Zeichen Schutz verleiht." Das Prinzip der Entwicklungsbegünstigung "ist im deutschen Recht niedergelegt in feststehenden rechtlichen Wertungen, die ursprünglich zum Teil Ergebnis formaler Rechtsbetrachtung gewesen sein mögen." Der Formalschutz des werdenden Zeichens sollte nach Ulmer aber niemals Selbstzweck sein, sondern die Monopolstellung des Zeicheninhabers und die damit verbundene Einschränkung der "freien Konkurrenz" könne nur durch die hinzutretende eigene Leistung des Zeicheninhabers und die damit verbundene Schaffung eines nach der Wettbewerbsordnung zu schützenden Besitzstandes gerechtfertigt werden:

"An dem Werden des zeichenrechtlichen Zustandes sind zwei Faktoren beteiligt: ein künstlicher, der Register- eintrag nebst den ihn begleitenden Rechtswirkungen auf der einen, ein natürlicher, die Werbung als Grundlage der Verkehrsgeltung auf der anderen Seite; zwei Faktoren, die nicht zu einem unbeeinflussten Nebeneinander, sondern zu einem organischen Zusammenwirken berufen sind."¹⁾

Im Anschluß an die oben zitierte "Goldina"-Entscheidung ergingen, von einem großen Teil der Wissenschaft unterstützt, eine Anzahl weiterer Reichsgerichtsurteile, in denen das Verhältnis des Warenzeichenrechts zum Wettbewerbsrecht als ein zentrales Problem angesehen wurde. Es war dies eine Zeit "stürmischer Rechtsentwicklung", in der insbesondere durch die Rechtsprechung des 2. Senats des Reichsgerichts ein völlig neues Warenzeichenrecht geschaffen wurde.²⁾ Wassermann³⁾ kommt bei einem Vergleich der zu Anfang des Jahrhunderts ergangenen Entscheidungen mit der Entwicklung der Rechtsprechung bis zum Jahre 1926 zu dem Ergebnis, "daß sich im Laufe von 20 Jahren ein völliger Umschwung vollzogen hat und daß das heute (d.h. im Jahre 1926) lebende Geschlecht den Willen des Gesetzgebers nicht mehr anerkennt, viel-

1) Ulmer, S.70

2) Reimer, GRUR 1932,346

3) S.188

mehr, ohne daß ein Wort nach dem Gesetzestext geändert worden ist, auf Grund der 'höheren Ordnung' den gegenteiligen Standpunkt vertritt."

Die in dem dritten Stadium der reichsgerichtlichen Rechtsprechung erarbeiteten Neuwertungen bewegen sich auf der Linie der "Goldina"-Entscheidung und weisen die Tendenz einer immer weiteren Beschränkung des formellen Zeichenrechts auf, soweit die Geltendmachung solcher Rechte unvereinbar erscheint mit den Normen zum Schutze des lautereren Wettbewerbs.

In dem heute noch viel kritisierten "Kofra"-Urteil hatte sich das RG mit der Frage zu beschäftigen, ob auf Grund des Defensivzeichens "Kofra", das dem Schutz der damals weithin bekannten Marke "Kornfranck" dienen sollte, die weitere Benutzung des Gegenzeichens "Koffea" für gleiche Waren untersagt werden könne. Das Berufungsgericht hatte sich trotz Bejahung der Verwechslungsgefahr zwischen dem Defensivzeichen "Kofra" und dem Gegenzeichen "Koffea" und entgegen der damaligen Praxis des Reichsgerichts auf den Standpunkt gestellt, daß die Heranziehung von "Kofra" einen Mißbrauch des formalen Zeichenrechts darstelle, da die Gefahr einer Verwechslung des Hauptzeichens "Kornfranck", zu dessen Verteidigung das Zeichen "Kofra" dienen sollte, mit der Bezeichnung "Koffea" ausgeschlossen sei. Diese Auffassung des Kammergerichts verwarf das RG als eine Verkennung des Wesens und Zwecks des Defensivzeichens. Aus dem selbstständigen Zeichenschutz, den die Rechtsprechung den Defensivzeichen wegen eines bestehenden Verkehrsbedürfnisses einräume, folge,

"daß der Inhaber eines solchen Zeichens volles uneingeschränktes Zeichenrecht genießt, gleichgültig, ob im einzelnen Falle die beanstandete Bezeichnung des anderen eine Verletzung des Hauptzeichens darstellt oder nicht; andernfalls läge nur ein bedingtes Zeichenrecht vor, da das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen Hauptzeichen und beanstandeter Bezeichnung des anderen Voraussetzung wäre." 1)

Insoweit bewegt sich das RG, in dessen Rechtsprechung das Kammergericht offenbar eine Presche schlagen wollte, ganz in den bisherigen Bahnen. Lediglich in einer Beziehung wurde der selbst-

1) RGZ 112, 160 = GRUR 1926, 168 = Bl. 1926, 126

ständige Schutz der Defensivzeichen eingeschränkt: Aus dem Zweck des Defensivzeichens, das Beeinträchtigungen des Hauptzeichens abwehren soll, wurde das Erfordernis hergeleitet, daß eine Ähnlichkeit zwischen dem Defensivzeichen und dem Hauptzeichen bestehe:

"Aus dem Abwehrzweck ergibt sich aber, daß sie dem Hauptzeichen ähnlich sein müssen. Das ist nicht gleichbedeutend mit zeichenrechtlicher Verwechslungsgefahr, da andernfalls das Defensivzeichen nutzlos wäre und das Hauptzeichen seinen Schutz allein übernehmen könnte. Dem angegebenen Zweck gemäß, wonach das Hauptzeichen mit einem besonderen Schutz umgeben werden soll, genügt vielmehr ein weiteres Verhältnis, wenn auch in den Grenzen einer gewissen Ähnlichkeit."

Da die Bezeichnung "Kofra" in dem konkreten Fall dem Hauptzeichen "Kornfranck" ähnlich war, wurde dem Antrag auf Unterlassung des Gebrauchs von "Koffea" stattgegeben.

Vom Ergebnis her gesehen ist diese Entscheidung wenig befriedigend¹⁾, denn es ist nicht ersichtlich, worin das Rechtsschutzbedürfnis dessen liegt, der mit einem Defensivzeichen von seinem Hauptzeichen ein Gegenzeichen abwehren will, das dem Hauptzeichen in keiner Weise schaden kann. Die Bedeutung des "Kofra"-Urteils liegt jedoch darin, daß einmal eine an sich selbstverständliche Voraussetzung für den Schutz von Defensivzeichen, nämlich die Ähnlichkeit mit dem Hauptzeichen, ausgesprochen wird und daß ferner - hervorgerufen durch die abweichende Ansicht des Berufungsgerichts - die Auseinandersetzung darüber in Gang kam, ob nicht doch eine irgendwie geartete Bedrohung des Hauptzeichens vorliegen müsse, wenn ein Gegenzeichen auf Grund eines Defensivzeichens bekämpft werden soll. Diese Frage wurde in der wenig später ergangenen und ebenfalls sehr bekannt gewordenen "Grammofox"-Entscheidung²⁾ aufgegriffen. Neben dem Hauptgesichtspunkt der Verwirkung wurden in diesem Urteil auch Erwägungen über die Schutzfähigkeit eines Defensivzeichens ("Grammofox") angestellt, sofern mit diesem Zeichen ein Gegenzeichen ("Vox") bekämpft werden soll, das mit dem zu schützenden Hauptzeichen ("Grammophon") keinerlei Ähnlichkeit aufweist. In dem Urteil

¹⁾ Vgl. auch Baumbach, § 1 WZG, Anm.16

²⁾ RGZ 114,360 = GRUR 1927,119 = JW 1927,108 = Bl.1927,46

heißt es, nachdem die Frage der Verwirkung abgehandelt worden war:

"Im vorliegenden Fall kommt aber noch hinzu, daß das Zeichen "Vox" nicht die mindeste Ähnlichkeit mit dem Hauptzeichen der Klägerin ("Grammophon") aufweist, so daß eine Verwechslungsmöglichkeit zwischen diesen beiden Zeichen gar nicht denkbar ist. Im Hinblick hierauf stellt sich das Verlangen der Klägerin, daß auf Grund ihres Abwehrzeichens "Grammofox" das Zeichen "Vox" gelöscht und der Beklagten dessen Benutzung untersagt werde, unsomehr als ein Mißbrauch ihres formalen Zeichenrechts dar."

Diese Stelle in der Entscheidung kündigt einen Umbruch in bezug auf die Behandlung der Defensivzeichen an. Ein knappes Jahr zuvor hatte der gleiche Senat des Reichsgerichts in dem "Kofra"-Fall noch entschieden, daß der Inhaber eines Defensivzeichens "volles uneingeschränktes Zeichenrecht genießt, gleichgültig ob im einzelnen Falle die beanstandete Bezeichnung des anderen eine Verletzung des Hauptzeichens darstellt oder nicht."

Zwar geht das RG in der "Grammofox"-Entscheidung nicht soweit, den Schutz des Defensivzeichens von einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Hauptzeichen und dem Gegenzeichen abhängig zu machen¹⁾; es wird aber dennoch ausgesprochen, daß die fehlende Ähnlichkeit zwischen dem Hauptzeichen und dem Gegenzeichen von Bedeutung sein kann für die Schutzwirkung des Defensivzeichens. An einem von Dunkhase²⁾ gebildeten Beispiel laßt sich die vom RG verfolgte Absicht wie folgt verdeutlichen: Jemand besitzt als Hauptzeichen das Bildzeichen eines Adlers. Als Abwehrzeichen läßt er sich das Wort "Adler" eintragen. Mit diesem versucht er dann das Zeichen eines Konkurrenten, bestehend aus dem Wort "Odler", zu bekämpfen. Hier ist zwischen dem Hauptzeichen (Bildmarke Adler) und dem bekämpften Gegenzeichen (Wortmarke "Odler") kein Berührungspunkt gegeben. Es wurde demnach lediglich auf einen Akt der Behinderung von Mitbeverbern hinauslaufen, wenn das niemals zu benutzende Zeichen "Adler" zur Unterdrückung von

1) Eine solche Abhängigkeit zwischen Haupt- und Gegenzeichen, wie sie das KG im "Kofra"-Falle forderte, hatte die Defensivzeichen in den meisten Fällen nutzlos gemacht, die gerade dazu gedacht sind, über den Verwechslungsbereich des Hauptzeichens hinaus zu wirken.

2) MuW XIV, 286

"Odler" eingesetzt würde. Diesem Mißbrauch des formalen Zeichenrechts in Gestalt eines reinen Behinderungswettbewerbs suchte das RG entgegenzutreten.

Ganz ähnlich wie bei den Defensivzeichen entwickelte sich die Rechtsprechung im Hinblick auf die Vorratszeichen. Die bereits erwähnte "Pecose"-Entscheidung vom 4.11.1919¹⁾ enthält zwar den Leitsatz: "Vorratszeichen genießen den gleichen Schutz wie Gebrauchszeichen;" die Entscheidungsgründe lassen aber deutlich erkennen, daß bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte auch den Schutz dieser Zeichen beschränken oder sogar beseitigen können. Während bei den Defensivzeichen das Kriterium für das Vorhandensein eines schutzwürdigen Interesses in der Ähnlichkeit des Abwehrzeichens erstens mit dem Hauptzeichen und zweitens mit dem Gegenzeichen gesehen wurde, sollte es bei den Vorratszeichen entscheidend auf das "Bedürfnis der Industrie ... nach Warenzeichenanmeldungen auf Vorrat" ankommen. Für die Frage, ob ein solches Bedürfnis vorliege oder "eine dem guten Willen des Wettbewerbs zuwiderlaufende Ausnutzung eines formalen Rechts auf Kosten der freien gleichberechtigten Wettbewerber", seien keine allgemeingültigen Grenzen zu ziehen, es komme vielmehr auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls an, wie z.B. auf die Art und Größe des Betriebes des Zeicheninhabers.²⁾

Diese Grundsätze werden weiterentwickelt in der "Fex-Fix"-Entscheidung vom 3.11.1925:³⁾

Die Sunlicht Gesellschaft war seit dem Jahre 1905 Inhaberin des Warenzeichens "Fex", das von ihr nicht benutzt und im Laufe des Rechtsstreits als Defensivzeichen bezeichnet wurde. Sie besaß ferner die Marke "Lux", die seit dem Jahre 1922 im Verkehr stark propagiert wurde. In dem anhangig gemachten Verfahren bekämpfte die Sunlicht Gesellschaft die Verwendung des Zeichens "Fix". Das Berufungsgericht gab der Klage mit der Begründung statt, daß Defensiv- und Vorratszeichen vollen Schutz genießen. Das RG, das von der von der Klägerin behaupteten Defensivzeicheneigenschaft

1) RGZ 97,90

2) Vgl. RGZ 97,90,95

3) RG GRUR 1926,77 = JW 1926,566

von "Fex" für das 18 Jahre später eingetragene Zeichen "Lux" nicht überzeugt war, verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück

"behufs Prüfung der Frage, ob die Klägerin, durch die Anmeldung des Wortzeichens "Fex", falls es sich etwa um ein Vorratszeichen handeln sollte, über ein anzuerkennendes schutzwürdiges Bedürfnis hinausgegangen ist, oder ob die Beschlagnahme dieses Zeichens seitens der Klägerin durch die vorsorgliche Eintragung auf Vorrat ihrem notwendigen Bedürfnis entsprochen hat. In ersterem Falle läge in der Eintragung eine unzulässige Beschlagnahme von jedermann zugänglichen Warenzeichen durch die Klägerin und eine übermäßige Beeinträchtigung der Ausübung des freien Wettbewerbs Dritter. In diesem Falle wäre der Zeichenschutz für "Fex" nicht mehr rechtswirksam."

Hiermit war insofern ein bedeutsamer Schritt getan, als das Berufungsgericht angewiesen wurde, von Amts wegen die Rechtsbeständigkeit eines auf Vorrat eingetragenen Zeichens zu untersuchen, obgleich die Beklagte sich auf die fehlende Rechtswirksamkeit des eingetragenen Zeichens nicht berufen hatte. Das RG neigte offenbar dazu, ein schutzwürdiges Bedürfnis für "Fex" nicht anzuerkennen, da ihm Vorratszeichen wohl für die chemische Industrie, nicht aber ohne weiteres für Seifenfabriken notwendig erschienen:

"Wenn insbesondere für die chemische Industrie in Anbetracht ihrer ständigen neuartigen Erzeugnisse als von hoher Bedeutung für den Vertrieb ihrer neuen Waren angesehen ist, daß sie nicht nur eine passende Bezeichnung, sondern auch ein bereits eingetragenes Warenzeichen sofort zur Hand hat, so kann ein gleiches schutzwürdiges Bedürfnis für eine Seifenfabrik für ihre Seife, ihr Seifenpulver und dergleichen nicht ohne weiteres anerkannt werden."

Vom heutigen Standpunkt aus wäre es freilich verfehlt, das Bedürfnis nach Vorratszeichen für eine Firma zu verneinen, die sich mit der Herstellung von Seifen und dergleichen befaßt. Die kosmetische Industrie - und dazu zählt zumindest die Feinseifenherstellung - sieht sich nicht weniger als die chemische Industrie vor die Notwendigkeit gestellt, "ständig mit neuen Aufmachungen und Qualitäten übersteigerte Ansprüche des kaufenden Publikums befriedigen zu müssen."¹⁾ Auch auf dem Gebiet der Reinigungs-

1) Wittenberg, S.65

und Putzmittel haben heute die Hersteller ständig auf der Hut zu sein, um ihre Produkte dem jeweiligen Stand der Wissenschaft sowie den häufig wechselnden Moderichtungen anzupassen. Man denke nur an die zahlreichen in den letzten Jahren geradezu schlagartig auf dem Markt erschienenen Spezialwaschmittel für elektrische Waschmaschinen, an die Spezialreinigungsmittel "für die moderne Küche", usw.

Das RG ist später auch davon abgegangen, Vorratszeichen für bestimmte Industriezweige generell zuzulassen und für andere nicht. Wenig befriedigend waren ferner die Entscheidungen, die das Bedürfnis nach dem Besitz von Vorratszeichen auf Grund der Größe eines Unternehmens zu bestimmen suchten. Es gibt kleine Firmen, die eine große Zahl von Markenartikeln in kleineren Mengen herstellen, während ein großes Unternehmen sich auf die Produktion von wenigen Marken beschränken kann. Es wäre demnach ~~einenicht~~ gerechtfertigte Verallgemeinerung, wenn man sagen würde, daß ein großer Betrieb stets auch eine große Zahl von Warenzeichen benötigt. Auch soweit das RG für die Frage der Schutzwürdigkeit die Dauer der Nichtbenutzung eines Vorratszeichens heranzog, haben sich keine feststehenden Grundsätze herausbilden können. Während das Vorratszeichen "Naja", das 22 Jahre lang nicht benutzt worden war, für gültig angesehen wurde,¹⁾ hat das RG die Gültigkeit von "Fex" in dem oben dargestellten Fall wegen der 20-jährigen Nichtbenutzung in Frage gezogen.

Lediglich in den Fällen, in denen Verwirkungsgesichtspunkte der Herleitung von Rechten aus Vorratszeichen entgegenstanden, bildete sich eine feststehende Rechtsprechung heran. Im übrigen wurde auf eine damals bestehende Rechtsunsicherheit hingewiesen, da die Inhaber von Vorratszeichen keine verlässlichen Anhaltspunkte dafür hatten, ob sie im Streitfall mit ihren Vorratszeichen obsiegen würden, oder ob ihnen ein schutzwürdiges Interesse an diesen Zeichen abgesprochen werde.²⁾ Seligsohn³⁾ wies be-
rechtigt auf die von der Rechtsprechung nicht klar beantworteten Fragen hin: Wieviel Vorratszeichen sollen erlaubt sein? Wie soll

1) RG MuW XXIII, 122

2) Dornheim, S.166; Seligsohn, GRUR 1927,648

3) GRUR 1927,368 und 642

der Richter im Einzelfall feststellen, ob unter den 20 unzulässigen Vorratszeichen von insgesamt 30 Vorratszeichen, die eine Firma besitzt, sich gerade das Klagszeichen befindet? Wie lange soll das schutzwürdige Bedürfnis in einem Vorratszeichen dauern: 5, 10 oder 20 Jahre?

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs knüpft an die vom RG entwickelten Grundsätze an, es zeigt sich jedoch die Tendenz einer noch weiteren Beschränkung des Schutzes unbenutzter Zeichen. Sowohl hinsichtlich der Defensivzeichen als auch in bezug auf die Vorratszeichen sind in den letzten Jahren einige Entscheidungen ergangen, die für die Praxis von größter Bedeutung sind. Als Motiv für die Beschränkung des Schutzes unbenutzter Zeichen wird häufig die auf bestimmten Gebieten drohende Verstopfung der Warenzeichenrolle angeführt und die damit verbundene "Sperrung des Marktes für andere Wettbewerber, der im Interesse eines gesunden Wettbewerbs vorgebeugt werden muß."¹⁾

In einer sorgfältigen Untersuchung über die Schutzwürdigkeit von Vorratszeichen stellt der BGH in der "Odorex"-Entscheidung²⁾ die heute in der Rechtsprechung maßgebenden Grundsätze für die Behandlung dieser Zeichen auf. Das Ergebnis bedeutet gegenüber dem bis dahin herrschenden Rechtszustand eine weitere Beschränkung der Vorratszeichen insofern, als nunmehr der Inhaber eines lange Zeit nicht benutzten Zeichens darlegungs- und beweispflichtig für das noch bestehende Schutzinteresse gemacht wird:

Die Klage war auf das seit 1927 eingetragene nichtbenutzte Zeichen "Odorex" gestützt und war u. a. auf die Verurteilung zur Unterlassung der Benutzung des Gegenzeichens "Ex.Odor" gerichtet. Durch drei Instanzen hindurch wurde die Klage abgewiesen. Im Gegensatz zu der Praxis des Reichsgerichts ließ der Bundesgerichtshof die Fragen, ob die Beklagte für ihr Gegenzeichen Verkehrsgeltung erworben habe, ob die beiderseitigen Bezeichnungen schutzunfähige Beschaffenheitsangaben enthielten und ob sie ver-

1) BGH GRUR 1953, 46 ("Nordona"); vgl. auch BGH GRUR 1957, 224

2) GRUR 1957, 224 = Fl. 1957, 152 = LM Nr. 3 zu § 1 WZG

wechslungsfähig seien, dahingestellt und wies die Klage aus dem alleinigen Gesichtspunkt der fehlenden Schutzfähigkeit des Klagezeichens als eines Vorratszeichens ab. Der BGH setzte sich zunächst mit der von Pinzger¹⁾ und von einigen Instanzgerichten²⁾ vertretenen Auffassung auseinander, wonach es zu den Anspruchsvoraussetzungen von Warenzeichen gehöre, daß innerhalb angemessener Frist nach Eintragung des Warenzeichens dessen Benutzung erfolge. Insoweit schloß sich der erkennende Senat jedoch den Ausführungen des Berufungsgerichts an, daß es zu einer großen Rechtsunsicherheit führe,

"wenn man im Wege der Rechtsprechung die Wirksamkeit eines Zeichenrechts von der Benutzung in angemessener Frist abhängig machen wollte. Allgemeine Grundsätze, welcher Zeitraum insoweit als angemessen anzusehen sei, ließen sich nicht aufstellen. Die Entscheidung könne daher nur auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Der Inhaber eines fünf, zehn oder fünfzehn Jahre alten Vorratszeichens hätte somit keinerlei Sicherheit, ob sein Zeichen noch gelte, oder ob es schon zu einem Scheinzeichen ohne wirklichen Schutz geworden sei. Mit Recht bemerkt das Berufungsgericht insoweit, daß eine Regelung der Geltung eines Zeichens durch zeitliche Begrenzung der Nichtbenutzung bei der nach Meinung vieler drohenden Verstopfung der Warenzeichenrolle zwar empfehlenswert sei, daß eine solche Regelung jedoch nur vom Gesetzgeber getroffen werden könne, denn sie bedeutet die Einführung eines indirekten Zwanges zur Benutzung eines Warenzeichens."

Der BGH ließ es indessen nicht bei diesem Appell an den Gesetzgeber bewenden, sondern leitete - wiederum auf der Grundlage des Berufungsurteils - für den Inhaber eines lange Jahre nicht benutzten vorratszeichens die bereits angedeutete Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Bestehens eines schutzwürdigen Interesses wie folgt her: Das WZG kenne, wie schon im "Nordona"-Urteil hervorgehoben wurde, keine Benutzungspflicht, sondern gehe in § 1 von dem Benutzungswillen aus. Dieser sei bei einem Vorratszeichen als gegeben anzunehmen, so daß es grundsätzlich Sache des Verletzers (des Inhabers eines Gegenzeichens, das mit dem Vorratszeichen kollidiert) sei, den Gegenbeweis zu führen, d.h., den Nachweis zu erbringen, daß ein Benutzungswille beim Vorratszeicheninhaber nicht mehr vorliege. Wenn jedoch die für den Benutzungs-

1) § 10 WZG, Anm.10

2) KG in GRUR 1951,414; OLG Hamburg in GRUR 1949,375

willen des Zeicheninhabers sprechende Vermutung durch jahrzehntelange Nichtbenutzung des Zeichens an Kraft verloren habe, so sei es an dem Zeicheninhaber, darzulegen und zu beweisen, daß er an der Aufrechterhaltung des Zeichens **j e t z t n o c h** ein schutzwürdiges Interesse habe.¹⁾ Maßgebend dafür seien die konkreten Betriebsverhältnisse des Zeicheninhabers, die dieser am besten selbst übersehen könne. Insoweit komme in dem zu beurteilenden Fall in Betracht die Art und Größe des Betriebes der Klägerin, die verschiedenen Arten der von ihr herausgebrachten Erzeugnisse, sowie Art und Umfang ihrer Vorratszeichen, insbesondere in ihrer Beziehung zu der Art der einzelnen Erzeugnisse. Auf die große Zahl der überhaupt für die Klägerin eingetragenen Warenzeichen komme es dagegen nicht entscheidend an. Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die für die Klägerin eingetragenen Vorrats- und Defensivzeichen (70 bis 90) ohne nähere Unterscheidung und Darlegung der Art und des Umfangs der Vorratszeichen könne nur dahin verstanden werden, daß die Klägerin hinsichtlich Art und Umfang ihrer Vorratszeichen ihrer Darlegungs- und Beweispflicht nicht nachgekommen sei. Es bestehe, so führte der Bundesgerichtshof in dieser für die Behandlung der Vorratszeichen bedeutsamen Entscheidung weiter aus, kein Widerspruch zwischen den dargelegten Grundsätzen und der bisherigen Rechtsprechung, daß aus der bloßen Tatsache eines längeren Zeitablaufs ohne tatsächliche Benutzung des Warenzeichens kein Schluß darauf gezogen werden könne, daß in Wahrheit keine Absicht der Zeichenbenutzung bestehe, sondern nur eine Hemmung des Wettbewerbs dritter Personen beabsichtigt sei. Die Nichtbenutzung sei nicht als Beweis für die fehlende Gebrauchsabsicht verwertet worden, sondern es sei ihr lediglich eine Bedeutung für die Darlegungs- und Beweispflicht beigemessen worden. Das Berufungsgericht habe gar keine Veranlassung für die Feststellung gehabt, daß die Klägerin nicht die Absicht der Benutzung des Klagezeichens habe, da es Aufgabe der Klägerin war, "darzutun und zu beweisen, daß trotz der Nichtbenutzung des Klagezeichens ein besonderes Schutzbedürfnis für dieses zuzuerkennen sei." Den Hinweis der Revision auf die Tatsache, daß das Klagezeichen in 31 Verfahren vor dem Deutschen

1) Ob es sich dabei um eine echte Umkehrung der Beweislast handelt, wie das Berufungsgericht angenommen hatte, ließ der BGH dahingestellt.

Patentamt und vor den Gerichten gegen verwechslungsfähige Gegenzeichen verteidigt worden war, hielt der BGH zwar für ein Indiz für das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung des Zeichens; bei diesen Bemühungen der Klägerin habe es sich jedoch "nicht um eine Ingebrauchnahme des Zeichens gehandelt. Sie (die Klägerin) habe vielmehr ihr Zeichen nur in seiner Eigenschaft als Vorratszeichen verteidigt; dabei bleibe noch offen, ob das zu Benutzungs- oder Sperrzwecken geschehen sei."

Noch drastischer als bei den Vorratszeichen sind die Einschränkungen, die der BGH in bezug auf die Defensivzeichen vorgenommen hat. In dem "Nordona"-Urteil¹⁾ war neben der Frage des Rechtsschutzinteresses bei Vorratszeichen auch über die Widerklage auf Löschung des seit 1908 eingetragenen Defensivzeichens "Norda" zu befinden. Zwar entschied der BGH nicht in der Sache selbst, sondern hielt eine weitere Aufklärung des Sachverhalts für erforderlich. Einige neue Wendungen deuteten jedoch auf eine Fortentwicklung der Rechtsprechung hin:

"Die Klage ist nach § 11 Abs.1 Nr.2 und 3 WZG schlüssig erhoben. Dem Berufungsgericht kann insoweit beige pflichtet werden, daß "Norda" als ein reines Defensivzeichen nicht den Erfordernissen des § 1 WZG entspricht, da es nicht zur Kennzeichnung von Waren bestimmt ist und der Zeicheninhaber nicht einmal die Absicht hat, das Zeichen zu seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch zu verwenden. Die uneingeschränkte Zulassung beliebiger Defensivzeichen könnte zu einer Sperrung des Marktes für andere Wettbewerber führen, der im Interesse eines gesunden Wettbewerbs vorgebeugt werden muß."

Diese Entscheidung läßt erkennen, wie stark die Frage der Defensivzeichen in Fluß gekommen war, ohne daß sich jedoch der BGH bereitfinden konnte, eine klare Entscheidung für oder gegen diese Art von Zeichen zu treffen. Einerseits wird hervorgehoben, daß diese Zeichen den Erfordernissen des § 1 WZG nicht entsprechen und zu einer Sperrung des Marktes führen können (daß sie also gesetzeswidrig und wettbewerbsfremd sind); zum anderen geht das Gericht soweit, sogar für ein seit 14 Jahren nicht mehr benutztes Vorratszeichen ein Schutzbedürfnis für einen erweiterten Schutz

durch ein Defensivzeichen für möglich zu halten. Muß sich nicht die Gefahr der Sperrung des Marktes noch wesentlich ernüchtern, wenn auch noch die jahrzehntelang nicht benutzten Zeichen durch einen Kranz von Defensivzeichen umgeben werden. Wie sollte außerdem das Gericht prüfen, ob unter den zahlreichen Zeichen, die sich um "Nordona" rankten (die Klägerin besaß hunderte von Defensiv- und Vorratszeichen) gerade für das Defensivzeichen "Norda" ein anzuerkennendes Bedürfnis besteht.

Besser als die "Nordona"-Entscheidung fügt sich das am 21.12. 1956 ergangene "Astrawolle"-Urteil¹⁾ in die Rechtsprechungspraxis ein und führt zu einer Fortentwicklung anerkannter Grundsätze. Es werden die vom Reichsgericht aufgestellten Erfordernisse bestätigt, daß sowohl das Defensivzeichen als auch das bekämpfte Gegenzeichen im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens liegen müssen. Der von Reimer²⁾ wegen der bestehenden Unsicherheit als "höchst unglücklich" bezeichnete Begriff der Ähnlichkeit erfährt durch diese Entscheidung eine bedeutsame Erläuterung. Es ging um die Frage, ob das Defensivzeichen "Astro" und das Gegenzeichen "Astra" im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens "Stern" liegen. Die Feststellung des Ähnlichkeitsbereichs des Sternzeichens, so heißt es in dem Urteil setze die vorerwähnte Feststellung der Benutzungslage dieser Marke voraus. Ebenso wie die Verwechslungsgefahr zwischen zwei Zeichen nicht beurteilt werden könne, ohne den Grad der Verkehrsgeltung des Klagezeichens zu berücksichtigen, so sei auch der Ähnlichkeitsbereich von dem Umfang des Gebrauchs und der Bekanntheit einer Marke abhängig. Bei der Prüfung der Verkehrsgeltung sei von der Unterscheidungskraft des Zeichens auszugehen. Diese wiederum bemesse sich nach feststehender Rechtsprechung nicht nach der ursprünglichen Kennzeichnungskraft, sondern "nach dem Umfang und der Intensität, in der das Zeichen sich im Verkehr durchgesetzt hat." Außerdem sei die Frage zu klären, ob diese Kennzeichnungskraft auch erhalten geblieben sei, oder ob sie etwa dadurch eine Einbuße erfahren habe, daß entsprechende Zeichen im Verkehr bekannt geworden sind, die sich nicht oder nur wenig von ihm unter-

1) BGH GRUR 1957, 228

2) S. 251

scheiden.¹⁾

Wie kompliziert sich demnach die Prüfung der Frage gestaltete, ob ein Defensivzeichen mit Erfolg gegen ein Gegenzeichen eingesetzt werden konnte, wird von Bock²⁾ und Becher³⁾ hervorgehoben. Nach vorgängiger Prüfung der Unterscheidungskraft des Hauptzeichens war nicht nur zu untersuchen, ob das Defensivzeichen und das Gegenzeichen im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens liegen und ob Verwechslungsgefahr zwischen dem Defensivzeichen und dem Gegenzeichen besteht, sondern nach dem "Nordona"-Urteil war ferner noch zu berücksichtigen, wieviele Schutzzeichen für das Hauptzeichen jeweils eingetragen sind und ob dieses gerade des Klagezeichens zur Sicherstellung eines zusätzlichen Schutzes bedarf.⁴⁾

Eine weitere sehr bedeutsame BGH-Entscheidung spricht schließlich einer großen Zahl von Defensivzeichen selbst bei Vorliegen aller bisher aufgestellten Erfordernisse jegliche Schutzwirkung ab. Von allen höchstrichterlichen Urteilen, die bisher in bezug auf Abwehrzeichen ergangen sind, dürfte hiermit der folgenreichste Schritt in der Zurückdrängung dieser Zeichen gemacht worden sein. In der "Dreitannen"-Entscheidung vom 29.3.60⁵⁾

1) Die Prüfung der Frage der Kennzeichnungskraft des Sternzeichens lag deshalb besonders nahe, weil die Beklagte behauptet hatte, das Warenzeichen "Stern" sei wegen der häufigen Benutzung in allen Branchen schon seiner Natur nach ein außerordentlich schwaches Zeichen.

2) LM Nr. 11 zu § 1 WZG

3) GRUR 1958, 326

4) Becher (GRUR 1958, 326, 327) kritisiert den Stand der Rechtsprechung wie folgt:

"Wenn man diese Hindernisse, die die Rechtsprechung nach und nach dem Anerkenntnis des Defensivzeichens entgegengestellt hat, summiert, so kann ein Anwalt, der die Aussichten eines Prozesses aus einem Defensivzeichen vorhersagen soll, leicht in die Nähe der Astrologie geraten. Denn es ist dabei recht schwierig abzuschätzen, ob die Konstellation der Gestirne so günstig ist, daß alle Voraussetzungen eines Rechtsschutzes zusammentreffen, und auch dann kann man nicht mit Sicherheit sagen, ob die Rechtsprechung nicht eine neue Schranke eingeschoben wird, an der nunmehr Defensivzeichen scheitern sollen."

5) BGHZ 32, 133 = GRUR 1961, 33 = WRP 1960, 314 = NJW 1960, 1450 = MDR 1960, 734 = BB 1960, 718 = LM Nr. 11 zu § 1 WZG.

ist der BGH wegen der veränderten tatsächlichen Situation, insbesondere im Hinblick auf die Schwierigkeiten, die sich bei den meisten Neuanmeldungen ergeben, zu dem Ergebnis gelangt,

"daß die von der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Richtlinien über die besonderen Schutzvoraussetzungen für Abwehrzeichen nicht ausreichen, um jeglichem Mißbrauch eines solchen Formalrechts zu begegnen, sondern daß eine weitere Einschränkung erforderlich ist."

Die Einschränkung, die das Gericht vornahm, ist so einschneidend ausgefallen, daß damit praktisch das Ende der Defensivzeichen schon abzusehen ist.¹⁾ Sie sollen ihre Wirkung nur noch entfalten können, soweit und solange sie für ein junges Hauptzeichen eingetragen sind, das nach einer angemessenen Einführungszeit im Verkehr Kennzeichnungskraft erlangen wird und so dann geeignet ist, seine Schutzfunktion alleine zu übernehmen. Die Funktion eines Defensivzeichens wird demnach beschränkt auf eine "Entwicklungshilfe" für das Hauptzeichen während einer "normalen Einführungszeit". Der bisher angewendete Grundsatz, wonach mit Hilfe eines Abwehrzeichens bereits dann die Benutzung eines Gegenzeichens untersagt werden konnte, wenn dieses Gegenzeichen zugleich im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens lag, begnüge sich, so führt der BGH aus, mit dem Vorhandensein eines gewissen, obschon entfernten Rechtsschutzinteresses auf Seiten des Inhabers von Haupt- und Abwehrzeichen.

"Dagegen kam das Interesse von Neuanmeldern an der Erlangung eines eigenen Kennzeichnungsschutzes zu kurz. Es ist daher ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, die Abschirmung eines erweiterten Ähnlichkeitsbereichs nur noch bei Hauptzeichen zuzulassen, die noch jung und in der Entwicklung begriffen sind, so daß ihr eigener Schutzbereich noch nicht den Umfang angenommen hat, der ihnen bei normaler Verkehrsdurchsetzung zukäme. Es kann nicht als Rechtsmißbrauch angesehen werden, wenn der Inhaber eines solchen Hauptzeichens auf Grund eines für ihn eingetragenen weiteren, aber nicht benutzten Zeichens gegen Kennzeichnungen vorgeht, die nach der vorerst noch nicht erreichten, aber zu erwartenden normalen Verkehrsdurchsetzung des Hauptzeichens voraussichtlich in dessen Schutzbereich fallen werden."

Das Wirkungsfeld der Defensivzeichen unterliegt demnach einer zeitlichen und einer sachlichen Beschränkung. Nur in der Zeit von der Eintragung des Hauptzeichens bis zum Ablauf einer "nor-

¹⁾ Miesga, Mitt. 1960, 230

malen Einführungszeit" können aus ihm Rechte hergeleitet werden und das auch nur insoweit, als die Verbietsrechte auf Grund des Hauptzeichens vermutlich reichen werden, wenn dieses nach Ablauf der Einführungszeit normale Kennzeichnungskraft erlangt hat. Nach Erlangung der Verkehrsgeltung oder nach Ablauf der "normalen Einführungszeit" sollen aus dem Defensivzeichen keine weitergehenden Rechte mehr hergeleitet werden können als aus dem Hauptzeichen. Da aber die Masse der Defensivzeichen gerade neben benutzten und durchgesetzten Warenzeichen eingetragen ist,¹⁾ wird das "Dreitannen"-Urteil des BGH von weittragender Bedeutung sein. Miosga²⁾ weist zu Recht darauf hin, daß der Schutzfunktion bis zur Erlangung der normalen Verkehrsgeltung keine besondere Bedeutung zukommt. Abwehrzeichen werden bisher häufig erst eingetragen, nachdem ein bestimmtes Hauptzeichen für ein Unternehmen auf Grund der geschäftlichen Entwicklung einen besonderen Wert erlangt hat und man sich gegen die Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft dieses wertvollen Zeichens nach allen Richtungen absichern will. Durch die neu aufgestellten Grundsätze wird in Zukunft nicht nur der Anreiz zur Eintragung von Defensivzeichen weitgehend entfallen,³⁾ sondern es kann den Unternehmen zur Vermeidung unnötiger Unkosten auch nur angeraten werden, alle Defensivzeichen, die neben älteren Zeichen eingetragen sind und soweit sie sich nicht zur Benutzung zu Kennzeichnungszwecken eignen, auslaufen zu lassen. Die Auswirkung wird eine sicher nicht unmerkliche Entlastung der Warenzeichenrolle und die Vermeidung vieler Warenzeichenstreitigkeiten sein, bei denen Defensivzeichen beteiligt sind. Insoweit kann die "Dreitannen"-Entscheidung als ein erfreulicher Fortschritt begrüßt werden.⁴⁾

Das Urteil regt andererseits auch zu kritischer Betrachtung an. Zunächst einmal wird es nicht immer einfach sein, die Zeitspanne der "normalen Einführungszeit", während der ein Defensivzeichen als Entwicklungshilfe zulässig sein soll, richtig zu bestimmen. Einige Zeichen großer Firmen setzen sich innerhalb von wenigen

1) Miosga, Mitt. 1960, 230

2) Mitt. 1960, 230

3) Bock, Bl. 5 (Rückseite)

4) So auch Bock (a.a.O.) und Friedrich (GRUR 1961, 38).

Tagen im Verkehr durch.) Auf der anderen Seite gibt es Marken, die Jahre brauchen, bis sie in den jeweiligen Verbraucherkreisen Verkehrsgeltung erlangt haben; sei es, daß die Natur der Ware eine schlagartige Einführung nicht gestattet, oder daß es an dem für einen großangelegten Werbefeldzug notwendigen Kapital fehlt. Nicht selten wird auch eine Marke "auf der Strecke bleiben" und nach gewissen Anfangserfolgen bei der Einführung wieder in Vergessenheit geraten. Die "Dreitanner"-Entscheidung wirft ferner die Frage auf, was geschehen soll, wenn mit einem unter dem Motto der Entwicklungsbegünstigung geschützten Defensivzeichen ein Gegenzeichen erfolgreich bekämpft wird und sich später herausstellt, daß das begünstigte Hauptzeichen die im Prozeß zunächst gemutmaßte normale Verkehrsgeltung nicht erreicht hat und auch niemals erreichen wird. "Dann hätte das Gericht - auf Kosten des Wettbewerbers - einen ungedeckten Scheck honoriert, für den der Zeicheninhaber keine Deckung nachliefert."²⁾ Es bleibt abzuwarten, wie sich die Gerichte verhalten werden, wenn der mit seinem Gegenzeichen unterlegene Zeicheninhaber nach einer gewissen Zeit kommt und darauf hinweist, daß er zu Unrecht gegenüber einem Defensivzeichen unterlegen sei, weil die weitere Entwicklung gezeigt habe, daß das Defensivzeichen gar nicht in der Lage gewesen sei, das Hauptzeichen in seiner Entwicklung in Richtung auf die Verkehrsgeltung zu begünstigen.

Neben dieser Schwierigkeit, die jedoch nicht als unlösbar zu betrachten ist,³⁾ enthält die "Dreitannen"-Entscheidung auch einen

1) So z.B. die Zigarettenmarke "Peter Stuyvesant", die unter Ausnutzung aller Werbemöglichkeiten durch eine schlagartige Kampagne in den Verkehr eingeführt wurde und schon kurz darauf in aller Munde war. Ähnlich verhält es sich bei anderen Zigarettenmarken und anderen Massenkonsumartikeln.

2) Friedrich, GRUR 1961, 38

3) Man könnte den Inhaber des Gegenzeichens darauf hinweisen, daß während des Entwicklungsstadiums des Hauptzeichens die Verbotensrechte aus dem Defensivzeichen nicht bedingter Natur seien und daß erst nach Ablauf der Entwicklungszeit der bis dahin vollwirksame Rechtsschutz für das Defensivzeichen entfielen. Es kann ja auch nicht jemand, der gegen ein Zeichen mit überragender Verkehrsgeltung unterlegen ist, sich später darauf berufen, dieses Urteil bestehe zu Unrecht, weil das Gegenzeichen seine Bekanntheit inzwischen wieder eingebüßt habe.

bedauerlichen Rückschritt. Nach der "Nordona"-Entscheidung sah es so aus, als ob der BGH sich bereitfinden würde, zumindest für solche Defensivzeichen, für die ein Rechtsschutzbedürfnis nicht anzuerkennen ist, einen Löschungsanspruch zu gewähren. Hiervon wird nun wieder abgerückt und ein Löschungsanspruch selbst gegenüber solchen Defensivzeichen abgelehnt, aus denen nach den neu aufgestellten Grundsätzen keine weitergehenden Rechte hergeleitet werden können als aus dem Hauptzeichen selbst: "Zeichenrechtliche Lösungsgründe zur Beseitigung reiner Abwehrzeichen aus der Warenzeichenrolle sind ... nicht vorhanden. Soweit sich aus dem Nordona-Urteil BGHZ 10,211,214 eine andere Rechtsauffassung ergeben sollte, wird daran nicht festgehalten." Nicht nur zeichenrechtliche sondern auch materiellrechtliche Lösungsgründe¹⁾ verneint der BGH. Er vertritt die These, daß ein Abwehrzeichen, für das nach den neu entwickelten Grundsätzen ein Rechtsschutzinteresse nicht mehr anzuerkennen ist, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung unschädlich gemacht werden kann. Das bedeute jedoch nicht, "daß das angegriffene Abwehrzeichen damit etwa schlechthin schutzunwürdig und lösungsreif geworden wäre. Vielmehr erzeugt der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung jeweils nur eine zwischen den Parteien wirkende Duldungspflicht, die den Bestand des Abwehrzeichens gegenüber Dritten unberührt läßt und daher auch nicht zur Beseitigung dieses Zeichens aus der Warenzeichenrolle führen kann!"²⁾ Lediglich in Fällen besonderer Art, wenn z.B. der Tatbestand der sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB vorliege, was in

1) Die Unterscheidung zwischen zeichenrechtlichen und materiellrechtlichen Lösungsgründen scheint mir nicht ganz glücklich. Auch die Lösungsgründe des WZG sind Ansprüche des materiellen Rechts und nicht solche des formellen (=Verfahrens)Rechts. Besser würde man von außerzeichenrechtlichen Lösungsgründen sprechen.

2) Mit Recht bezeichnet Friedrich (GRUR 1961,38) diese Ansicht als schwer verständlich: "Von einer 'nur zwischen den Parteien wirkenden Duldungspflicht' könnte man sprechen, wenn der Zeicheninhaber zwar sonstigen Dritten gegenüber ein Verbotrecht hätte, das er aber aus irgendwelchen Gründen gegen den konkreten Prozeßgegner nicht ausüben dürfte. Aus welchem Rechtsgrund und mit welcher Zielrichtung sollte aber gerade der obige Prozeßgegner - und nur dieser - einen solchen Duldungsanspruch haben?"

dem konkreten Falle jedoch verneint wurde, komme ein Lösungsanspruch in Betracht.

Zusammenfassend läßt sich die neuere Rechtsprechung zu den Defensiv- und Vorratszeichen dahin charakterisieren, daß auf manigfache Art der Versuch unternommen wird, die aus einem unbenutzten Warenzeichen herzuleitenden Rechte zu beschränken. Die Entwicklung ist noch im Fluß und erfährt durch den ständigen Zustrom neuer Zeichen und die Überfüllung der Warenzeichenrolle auf einigen Warengelieten stets neuen Antrieb. Einer großen Kategorie von unbenutzten Zeichen - den zum Schutze alter Warenzeichen eingetragenen Abwehrzeichen - wurde jegliches Rechtsschutzbedürfnis abgesprochen. Soweit die Schutzwürdigkeit unbenutzter Zeichen nicht generell versagt wird, werden sie in jedem einzelnen Fall auf ihre Vereinbarkeit mit dem Schutz des lautereren Wettbewerbs überprüft und ihre prozessuale Geltendmachung wird für den Zeicheninhaber erschwert.

VI. Defensivzeichen und Vorratszeichen im Ausland

1. Nur in wenigen Staaten der Welt haben die unbenutzten Warenzeichen die gleiche Bedeutung wie in Deutschland. Es hängt dies in der Hauptsache damit zusammen, daß die Mehrzahl der ausländischen Warenzeichengesetze das für ein Warenzeichen charakteristische Ausschlußrecht nicht mit dem Formalakt der Wareneintragung entstehen lassen, sondern mit der ersten Inbenutzungnahme eines Zeichens.¹⁾ Zu den extremsten Vertretern dieses s.g. Erstbenutzungsprinzips gehören die Staaten, in denen ein Benutzungsnachweis die Voraussetzung für die Eintragung eines Warenzeichens ist, z.B. Kanada²⁾ und die Philippinen.³⁾ Die meisten Staaten erfordern indessen nicht schon bei der Anmeldung einer Marke einen Benutzungsnachweis, sondern sehen auf Antrag oder von Amts wegen die Löschung eines Zeichens vor, dessen Inhaber nicht binnen eines in den jeweiligen Gesetzen bestimmten Zeitraums den Nachweis geführt haben, daß sich die Marke in Benutzung befindet.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Rechtslage in den U. S. A., die durch den Lanham Act vom 5. Juli 1946⁴⁾ eine Neuregelung erfahren hat. Der inländische Warenzeichenanmelder muß bei der Anmeldung versichern, daß sich die Marke in dem vom Kongreß kontrollierten Handel in Gebrauch befindet. Innerhalb des 6. Jahres nach erfolgter Registrierung, sowie bei der Verlängerung des Warenzeichenschutzes ist ferner durch eine eidesstattliche Erklärung ("affidavit of use") zu versichern, daß die Marke benutzt wird, oder daß die vorübergehende Nichtbenutzung auf Umständen beruht, die außerhalb des Einflusses des Markeninhabers liegen. Durch diese Regelung ist die Existenz von Vorrats- und Defensivzeichen weitgehend ausgeschaltet,

1) Über die Staaten mit dem Erstbenutzungsprinzip vgl. die Zusammenstellungen bei v. Kreisler-Ruprecht, Trüstedt und Saint-Gal (Protection et Défense ...)

2) Vgl. Trade Marks Act vom 14.5.1954, Bl. 1956, 131

3) Vgl. Gesetz Nr. 166 vom 20.6.1957 (Bl. 1955, 356) nebst den Änderungsgesetzen Nr. 638 (Bl. 1955, 356) und Nr. 865 (Bl. 1958, 370).

4) Vgl. Bl. 1949, 164. Durch dieses Gesetz wurde eine strengere Bindung des Zeichenrechts an die Benutzung der Marke vollzogen.

da einmal schon die Entstehung eines Zeichenrechts von der Benutzung der Marke abhängt und da ferner nach Ablauf von 6 Jahren nach erfolgter Registrierung mangels eines "affidavit of Use" von Amts wegen die Löschung erfolgt.

Das englische Warenzeichenrecht, das ebenso wie das nordamerikanische Recht vom Benutzungszwang ausgeht, nimmt eine Mittelstellung ein zwischen dem Erstbenutzungs- und dem Eintragungsprinzip und trägt damit, wie Ulmer¹⁾ sagt, "von Anfang an die Kennzeichen nüchterner und sorgsamer Betrachtung der Interessenkonflikte." Die Eintragung eines Warenzeichens wirkt rechtsbegründend, falls die Voraussetzungen der Eintragung gegeben waren. Jeder Dritte kann die Eintragung wieder beseitigen, wenn z.B. das Zeichen wegen mangelnder Unterscheidungskraft (distinctivness) nicht hätte eingetragen werden dürfen.²⁾ Die Löschung eines Registereintrags kann in diesem Falle jedoch nur innerhalb eines Zeitraums von 7 Jahren nach erfolgter Eintragung erfolgen. Nach Ablauf dieser Frist erlangt die eingetragene Marke einen verstärkten Bestandsschutz, ähnlich dem "incontestable status" in den U.S.A., der dort als Folge einer 5-jährigen Benutzung der Marke eintritt. Eine Registrierung kann in England ferner mit einer Löschungsklage beseitigt werden, wenn entweder schon bei der Anmeldung die Marke nicht benutzt wurde und auch keine "bona fide intention of use" bestanden hat, oder wenn objektiv innerhalb der letzten 5 Jahre kein redlicher Gebrauch stattgefunden hat.³⁾ Damit bleibt für Defensivzeichen und langjährige Vorratszeichen nach englischem Recht kein Raum. Wenn in Art.23 des Handelsmarkengesetzes dennoch von "defensive marks" die Rede ist, die nicht dem Benutzungszwang unterliegen, so handelt es sich weniger darum, daß durch diese Zeichen der

1) S.46

2) Der Begriff der distinctivness ist für das englische und ihm nachgebildete Rechte von zentraler Bedeutung (vgl. Ulmer, S. 49). Unterscheidungskraft haben weder Zeichen, für die ein Freihaltungsbedürfnis besteht, noch solche, die bereits in einer gleichen oder ähnlichen Form vom Verkehr mit einem anderen Unternehmen in Verbindung gebracht werden.

3) Art.26 des Handelsmarkengesetzes vom 13.4.1938, abgedruckt in Bl.1938,177

Schutzbereich eines Hauptzeichens ausgedehnt werden soll, sondern es soll durch die Eintragung von "Defensivzeichen" für Waren, die von dem Hauptzeichen nicht umfaßt werden, lediglich vermieden werden, daß der Verkehr das bekannte Hauptzeichen eines Markeninhabers mit dem ähnlichen Zeichen eines anderen in Verbindung bringt, das dieser auf einem anderen Warengelbiet benutzt. Das was im englischen Recht als "defensive mark" in bestimmten Fällen zugelassen wird, ist demnach weniger mit den bei uns üblichen Defensivzeichen als mit den Defensivwarenverzeichnissen vergleichbar.

Ähnlich dem englischen Recht geht das schweizer Markenschutzgesetz vom Benutzungszwang aus, billigt aber eine 3-jährige Bedenkfrist zu, nach deren Ablauf bei Vermeidung von Löschungsklagen die Benutzung spätestens aufgenommen sein muß. Wie in den vorerwähnten Ländern, so schafft auch hier die Eintragung lediglich eine widerlegbare Vermutung dafür, daß der eingetragene Inhaber der wahre Berechtigte sei. Der in Wahrheit Berechtigte ist der erste Benutzer eines Zeichens und nicht der zuerst Eingetragene. Neben der Benutzung kommt der Eintragung lediglich deklaratorische Bedeutung zu.¹⁾ Nicht in allen Fällen kann jedoch der Inhaber eines unbenutzten Zeichens während der Dreijahresfrist Ausschlußrechte geltend machen. Da nach Auffassung des Bundesgerichts der Markenschutz grundsätzlich vom Gebrauch des Zeichens abhängig ist,²⁾ sollen solche Zeichen, die - im Gegensatz zu den Vorratszeichen - nicht einmal zum künftigen Gebrauch vorgesehen sind, überhaupt keinen Schutz genießen:

"Fehlt die Absicht späteren Gebrauchs, wie bei den s.g. Defensivzeichen oder Wegelagerermarken, so entsteht trotz der Eintragung kein Markenrecht. Es besteht keine Möglichkeit, den in Art. 6 umschriebenen gesetzlichen Bereich der Marke um den Schutzbereich allfälliger Defensivzeichen zu erweitern."³⁾

Es sei nicht angängig, so meint David,⁴⁾ den Schutzbereich einer Marke von der Zahl der eingetragenen Defensivzeichen abhängig zu machen:

1) BG 57 II, 603; 62 II, 60 2) BG 62 II, 61

3) David, Art. 9 MSchG, Anm. 7 unter Hinweis auf BG 57 II, 610; 80 I, 383

4) David, Art. 9 MSchG, Anm. 7

"Je finanzkräftiger der Markeninhaber ist, je mehr Defensivzeichen er hinterlegen kann, desto größer würde der Schutzbereich seiner Marke. Solche Unterschiede dürfen im Recht nicht gemacht werden. Es kann grundsätzlich nicht Sache des Markeninhabers, sondern nur der Gerichte sein, den Schutzbereich der Marke zu bestimmen."¹⁾

Das schweizer und das englische Markenrecht sind demnach insofern einander sehr angenähert, als zwar der Schutz einer eingetragenen Marke nicht abhängig ist von der vorgängigen Benutzung, sofern bei der Eintragung die Benutzungsabsicht bestanden hat. Nach 3 bzw. 5 Jahren muß sich jedoch der Inhaber einer eingetragenen Marke der Gefahr einer Löschungsklage gegenübersehen, wenn er innerhalb dieses Zeitraums sein Zeichen nicht in Benutzung genommen hat.

Die Betrachtung weiterer Rechtssysteme, die hier im einzelnen nicht erörtert werden können, zeigt, daß in großen Teilen der Erde die unbenutzten Zeichen eine weit geringere Rolle spielen als in Deutschland. Einmal sind es die Staaten mit Erstbenutzungsprinzip, die für die Eintragung von Defensiv- und Vorratszeichen keinerlei Anreiz bieten, da dort die Schutzrechte nicht dem Ersteingetragenen, sondern dem Erstbenutzer zustehen. Neben der Benutzung einer Marke läuft hier die Eintragung im wesentlichen auf eine Verstärkung der Rechtsposition des Zeichenbenutzers hinaus.²⁾ Ferner gibt es aber noch eine große Anzahl von Ländern, die - wie die bereits erwähnten Länder U.S.A., England und Schweiz - bestimmte Zeiträume festsetzen, in denen die Benutzung des Zeichens stattgefunden haben muß. Ist dieser Zeitraum verstrichen, ohne daß die Marke im Verkehr verwendet wurde, so kann sie wieder gelöscht werden. Zu diesen Ländern zählen nicht nur solche, die - wie Deutschland - dem Ersteinge-

¹⁾ Vgl. auch BGE 57 II, 611

²⁾ Diese Verstärkung kann z.B. in der zusätzlichen Gewährung von Strafrechtsschutz für den eingetragenen Zeicheninhaber beruhen oder in dem Unanfechtbarwerden der eingetragenen Marke nach einer bestimmten Zeit. Ferner werden dem eingetragenen Inhaber einer Marke häufig Beweiserleichterungen zuteil, die sich dahin auswirken, daß ein Verletzer alle Umstände beweisen muß, die für seine Schuldlosigkeit oder gegen die Gültigkeit der verletzten Marke sprechen.

tragenen vollen Zeichenschutz gewähren, sondern auch solche, die grundsätzlich auf dem Standpunkt des Erstbenutzungsprinzips stehen, die dieses Prinzip aber dadurch abgemildert haben, daß zur Begründung des Zeichenrechts die Absicht der Benutzung genügt.

Einen Benutzungszwang in dem Sinne, daß eine Marke der Löschung ausgesetzt ist, wenn sie nicht innerhalb eines festgesetzten Zeitraums benutzt worden ist, haben folgende Länder vorgesehen: ¹⁾

6 Jahre	5 Jahre	3 Jahre	2 Jahre	1 Jahr
U. S. A.	Ägypten*	Albanien*	Brasi-lien*	Volksrepubl. China
	Brunei	Australien	Chin.Republ.	
	Cypern	Bulgarien*	Irak	Dominik. Republ.*
	Gambien	Kuba*	Israel	Honduras* ³⁾
	Ghana	Griechenl. ²⁾	Jordanien	Korea (Süd)
	Großbrit.	Iran	Liberia*	Nicaragua
	Hongkong	Italien	Sudan	Panama
	Indien	Japan*	Venezuela*	El Salvador*
	Irland	Kanada		
	Jamaika	Niederlande		
	Kenia	Portugal*		
	Malaische Föderation	Schweiz		
	Mexiko	Vietnam		
Neuseeland				
Nigerien				
Rhodesien u. Nyassaland				
Schweden				
Spanien*				
Südafrik. Union				
Tanganyika				
Trinidad u. Tobago				
Zanzibar				

1) Die bei v.Kreisler-Ruprecht (GRUR 1954, 438) wiedergegebene Zusammenstellung wurde anhand der bei Trüstedt aufgeführten Tabellen vervollständigt und auf den neuesten Stand von 1961 gebracht. Die Staaten mit Eintragungsprinzip sind mit einem * gekennzeichnet.

2) Der Zeitraum, in dem ein Zeichen benutzt werden muß, schwankt zwischen 1 und 4 Jahren, je nach Art der Waren, für die ein Zeichen bestimmt ist.

3) Durch Zahlung einer Gebühr kann die Gültigkeit einer an sich hinfällig gewordenen Marke wieder aufleben.

In diesen Teilen der Erde, soweit es nicht wegen des Erstbenutzungsprinzips ohnehin an einem Anreiz zur Eintragung nichtbenutzter Zeichen fehlt, kommt den eingetragenen Vorrats- und Defensivzeichen nach Ablauf der jeweiligen Benutzungsfrist keine Bedeutung mehr zu, weil sie entweder schon kraft Gesetzes rechtsunwirksam oder auf Antrag zu löschen sind.

Vorrats- und Defensivzeichen können demnach lediglich in solchen Ländern eine größere Rolle spielen, die weder vom Erstbenutzungsprinzip ausgehen, noch einen Benutzungszwang kennen. Zu diesen (nicht sehr zahlreichen) Staaten gehören:

Argentinien	Bolivien	Deutschland
Finnland	Frankreich	Guatemala
Österreich	Paraguay	Peru
U.d.S.S.R.	Schweden	Ungarn.

Auch Frankreich ist dieser Ländergruppe zuzurechnen, obwohl es zu den Ländern mit Erstbenutzungsprinzip zu zählen ist. Wenn dort auch ein Markenrecht grundsätzlich für denjenigen entsteht, der ein Zeichen als erster ausnutzt, und die Eintragung nur als deklaratorisch betrachtet wird, so ist sich die Rechtsprechung und Lehre doch darin einig, daß Handlungen, die zur Eintragung der Marke beim zuständigen Greffe du Tribunal du Commerce führen, dem Beginn der Ausnutzung vergleichbar sind und daß demnach durch die Hinterlegung einer Marke in gleicher Weise Ausschlußrechte erworben werden wie durch die Benutzung.¹⁾ Einen Benutzungszwang kennt das französische Recht nicht, so daß das somit entstandene Markenrecht erst mit Ablauf der Schutzfrist erlischt. Zu vermerken ist jedoch, daß auch in Frankreich Bestrebungen bestehen, eine Möglichkeit zu schaffen, die eingetragenen, aber nicht benutzten Zeichen nach einer gewissen Zeit zu beseitigen. In einem Reformentwurf zum französischen Markenrecht, dem Loi Armengaud, heißt es in Art.9:

"Lorsqu'une marque régulièrement déposée n'aura donné lieu, pendant cinq ans au moins, à aucune exploitation,

1) Vgl. Saint-Gal, H³ und die dort zitierte Rechtsprechung.

soit telle quelle, soit sous forme d'un ou de plusieurs de ses éléments caractéristiques, la propriété exclusive de cette marque peut être contestée par tout tiers qui y aurait intérêt et qui pourra demander la nullité."¹⁾

2. Neben einer Betrachtung der nationalen Warenzeichengesetze sind noch die Bestrebungen zu erwähnen, die im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Markenkonvention bestehen. Die Arbeitsgruppe für ein EWG-Markenrecht hat Ende des Jahres 1961 in einem Zwischenbericht Richtlinien und allgemeine Grundsätze für die Ausarbeitung einer Europäischen Markenkonvention vorgelegt.²⁾ Die zu schaffende Konvention hat die Einführung einer EWG-Marke zum Ziel. Es soll erreicht werden, daß auf Grund der einmaligen Registrierung einer Marke Zeichenschutz in allen Mitgliedstaaten der EWG erlangt wird. Im Gegensatz zu der internationalen Registrierung von Warenzeichen nach dem Madrider Markenabkommen soll bei der EWG-Marke nicht ein Bündel von nationalen Schutzrechten entstehen, sondern es soll ein echtes supra-nationales Warenzeichen geschaffen werden, das in allen EWG-Mitgliedstaaten in gleichem Umfange Gültigkeit besitzt. Im Zuge dieser Bestrebungen besteht bereits Einigkeit darüber, daß für den Bestand der "Europäischen Marke" die ernsthafte Benutzung Bedingung ist.³⁾ Die Einführung eines Benutzungszwanges für die EWG-Marke soll Vorsorge dafür treffen, "daß das EWG-Markenregister nicht innerhalb kurzer Zeit ebenso verstopft ist wie die Register der 6 Mitgliedstaaten."⁴⁾

1) Zitiert nach Saint-Gal, Protection et Défense ..., H³, Anm. 9

2) Vgl. TT 465 - 4008 - 504

3) TT 465 - 4008 - 504

4) Röttger GRUR (Ausl. Teil) 1959, 333. Er schlägt im Anschluß an das englische Markenrecht eine Löschung der EWG-Marke nach 5-jähriger Nichtbenutzung vor, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe für die Nichtbenutzung bestehen. Auch Saint-Gal hat sich wegen des "außerordentlichen Anwachsens der Marken" im Hinblick auf die EWG-Marke für die Einführung eines Benutzungszwanges, wie er bereits in Italien und Holland besteht, ausgesprochen (GRUR Ausl. Teil 1960, 171).

V. Die Wettbewerbswidrigkeit von Defensiv- und Vorratszeichen

Die Tatsache, daß die Warenzeichengesetze der meisten Staaten in Fragen von grundsätzlicher Bedeutung einen von der deutschen Regelung abweichenden Standpunkt einnehmen, legt eine Untersuchung darüber nahe, ob die zur Zeit in Deutschland herrschende Praxis in bezug auf die Vorrats- und Defensivzeichen zu befürworten ist, oder ob es sich bei diesen Zeichen um überkommene Einrichtungen handelt, deren Fortbestand im heutigen Rechts- und Wirtschaftsleben nicht mehr vertretbar erscheint.

1. Die Bedürfnisfrage

Bei dem Warenzeichenrecht handelt es sich weit weniger als bei anderen Rechtsgebieten um die Regelung einer Materie, die die Beachtung von vorgeschriebenen, auf ethischer Grundlage beruhenden Normen gebietet. Das Recht der Warenbezeichnungen hat vielmehr die vornehmliche Aufgabe, den Verkehr von wirtschaftlichen Gütern zum Nutzen der einzelnen Gewerbetreibenden und der Allgemeinheit zu ordnen. Die Frage der Zweckmäßigkeit einer jeden Norm muß demnach im Warenzeichenrecht eine vorrangige Stellung einnehmen. Rechtsinstitute, die nicht zweckmäßig sind, die also nicht geeignet sind, eine wirtschaftsordnende Funktion zu erfüllen, sollten im Warenzeichenrecht keinen Platz haben.¹⁾ Die Frage wiederum, ob bei Entscheidungen und Normen auf dem Gebiet des Zeichenrechts das Gebot der Zweckmäßigkeit erfüllt ist, hängt zunächst einmal von der Frage der Erforderlichkeit einer Maßnahme ab. Die Prüfung der Erforderlichkeit jeder Maßnahme wird auch durch den Grundsatz geboten, daß nach unserer gegenwärtigen Wirtschaftsordnung der "sozialen Marktwirtschaft" eine staatliche Reglementierung nur dort einsetzen sollte, wo der freie Wettbewerb die ihm zukommende marktordnende Funktion nicht erfüllen kann. Es ist in diesem Zusammenhang wichtig, darauf hinzuweisen, daß das Institut des staatlich geschützten Warenzeichens schon als

¹⁾ Es bedarf keiner Erörterung, daß nicht allein das Zweckmäßigkeitsdenken das gesamte Warenzeichenrecht beherrschen sollte. Das gilt nur insoweit, als nicht das Gebot der Gerechtigkeit oder sonstige höherwertige Gebote entgegenstehen.

solches - ebenso wie die übrigen gewerblichen Ausschlußrechte des Patent-, Muster- und Urheberrechts - in Kollision treten muß mit dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit. Alle gewerblichen Sonderrechte, mag es sich um Patente, Gebrauchsmuster, Urheberrechte, Geschmacksmuster, Warenzeichen, Ausstattungsrechte, Firmen- oder Geschäftsbezeichnungen handeln, schneiden aus dem Bereich der Wettbewerbsfreiheit gewisse Felder heraus¹⁾ und begründen zugunsten des jeweiligen Inhabers des Sonderrechts ein ausschließliches Benutzungsrecht. Wie diese Monopolisierung bestimmter Güter gegenüber dem Prinzip des freien Wettbewerbs zu rechtfertigen ist, wird noch darzustellen sein. Zunächst bedarf einmal die Frage einer Beantwortung, ob ein anzuerkennendes Bedürfnis vorliegt, auf dem Gebiet des Warenzeichenrechts in Gestalt von Vorrats- und Defensivzeichen Monopole auch dann zuzulassen, wenn von dem Ausschlußrecht gar nicht der vom Gesetz vorgesehene Gebrauch gemacht werden soll. Es ist dabei zwischen den Defensivzeichen und den Vorratszeichen zu unterscheiden.

a. Die Gründe für das Entstehen der Defensivzeichen wurden bereits dargelegt. Sie beruhen "auf der Befürchtung, die Gerichte könnten infolge einer zu engherzigen Auslegung des Warenzeichengesetzes den berechtigten Interessen der Zeicheninhaber nicht gerecht werden."²⁾ Das mag für die ersten Jahrzehnte des Rechtsschutzes für Warenzeichen zutreffend gewesen sein. Damals neigten insbesondere die Instanzgerichte dazu, "den Rechtsschutz für Warenzeichen auf die konkreten Einzelheiten der eingetragenen Ausführungsform zu beschränken und Verletzungsklagen nur dann stattzugeben, wenn das beklagte Zeichen gewissermaßen ein Plagiat darstellte."³⁾ Dieser Vorwurf kann heute nicht mehr erhoben werden. Es besteht in bezug auf die Beurteilung des Schutzzumfangs von Warenzeichen eine derart verfeinerte Rechtsprechung, daß niemand mit Fug und Recht behaupten kann, die Gerichte hielten sich zu eng an die Erscheinungsform des ver-

1) Fikentscher, S.278

2) RG GRUR 1926, 168

3) Friedrich, S.276

letzten Warenzeichens, so daß dem Schutzbedürfnis des Zeicheninhabers nicht Genüge getan werde:

"Die Differenzierung des Schutzzumfangs eines Warenzeichens nach schwachen, normalen, starken und berühmten Marken hat der Rechtsprechung alle Rechtsgrundlagen geschaffen, um Warenzeichen ihrer Schutzwürdigkeit entsprechend gegen Verwechslungen oder Verwässerungen abzusichern. Eines zusätzlichen Defensivzeichens bedarf es hierzu nicht."¹⁾

Auch Friedrich²⁾ steht als Warenzeichenpraktiker auf dem Standpunkt, daß von der Rechtsprechung Grundsätze entwickelt wurden, die aus der Blickrichtung des Markeninhabers mit einer erfreulichen Erfolgsbilanz abschließen. Von einem Mißtrauen gegenüber den Gerichten könne nicht mehr gesprochen werden. "Wenn Anlaß zur Beunruhigung bestehen könnte, dann höchstens 'auf der anderen Seite', nämlich auf der Seite der übrigen Wettbewerber, für die in dem augenblicklichen Dickicht von Schutzmarken kaum noch Bewegungsraum verbleibt."

Wenn demnach davon ausgegangen werden kann, daß die im Verkehr benutzten Zeichen je nach ihrem Bekanntheitsgrad und ihrer Eigenart ausreichend geschützt werden, so ist das Bestreben nicht anzuerkennen, diese Zeichen durch Defensivzeichen in ihrem Schutzzumfang zu Lasten der Mitbewerber noch zu erweitern. Bei der Zulassung beliebiger Defensivzeichen würde im Streitfalle letzten Endes nicht das Gericht den Schutzzumfang des Hauptzeichens feststellen, sondern der Zeicheninhaber selbst als Richter in eigener Sache.

Die Defensivzeichen lassen sich auch nicht mit dem Argument verteidigen, daß die Beurteilung der Verwechslungsgefahr stets einen weiten Ermessensspielraum offen lasse und daß nicht selten die Gerichte untereinander gegensätzlicher Auffassung seien. Hier darf nichts anderes gelten als bei anderen gerichtlich zu entscheidenden Streitfragen. Dem

¹⁾ Becher, GRUR 1958, 328

²⁾ Mitt. 1959, 276

Zeicheninhaber steht - wie sonst im Rechtsleben - die Möglichkeit der Einlegung von Rechtsmitteln offen, wenn er glaubt, das gesetzlich vorgeschriebene Maß an Rechtsschutz sei ihm nicht zuteil geworden. Es trifft auch nicht zu, daß Defensivzeichen insofern nützlich seien, als sie dort, wo die Verwechslungsgefahr mit dem Hauptzeichen zweifelhaft ist, Prozesse vermeiden oder vereinfachen können. Es ist eine Erfahrung der Praxis, daß in den seltensten Fällen ein Prozeß allein auf Grund eines Defensivzeichens gewonnen wird. "In den veröffentlichten Urteilen überwiegen die Klageabweisungen trotz Einsatzes des Defensivzeichens bei weitem."¹⁾ Auch von einer Vereinfachung der Verfahren durch Defensivzeichen kann nicht die Rede sein. Das Gegenteil ist der Fall, wenn man die komplizierten Prüfungen bedenkt, die der BGH beispielsweise in der "Astrawolle"-Entscheidung für erforderlich hielt.²⁾

Schließlich vermag auch der vom Bundesgerichtshof in der "Dreitannen"-Entscheidung aufgegriffene Gedanke der Entwicklungsbegünstigung ein Bedürfnis für Defensivzeichen in dem dort angedeuteten Umfang nicht zu rechtfertigen. Es ist richtig, daß ein Zeichen, das gerade erst eingeführt wird und daher kaum bekannt ist, nach der derzeitigen Rechtsprechung nur einen verhältnismäßig geringen Schutzzumfang zugebilligt bekommt. Das kann später, nachdem sich das junge Zeichen im Verkehr durchgesetzt hat, zu der mißliebigen Konsequenz führen, daß Gegenzeichen, deren sich der Inhaber des nunmehr durchgesetzten Zeichens zunächst nicht erwehren konnte, Kollisionen und Verwirrungen im Verkehr herbeiführen. Zur Lösung dieses Problems bedarf es aber, worauf schon Bock³⁾ überzeugend hingewiesen hat, der Hilfskonstruktion der Defensivzeichen nicht: Der Begriff der Verwechslungsgefahr in § 31 WZG verbietet es nicht, künftige Entwicklungen zu berücksichtigen. Wenn ein junges Zeichen zur Zeit der Urteilsfindung mit einem Gegenzeichen noch nicht effektiv verwechsel-

1) Becher, GRUR 1958, 328

2) Siehe oben unter III 2

3) LM § 1 WZG, Anmerkung zu Nr. 11

bar ist, etwa weil der Verkehr noch keinerlei konkrete Vorstellungen an das Klagezeichen knüpft, so schließt das doch nicht aus, daß später, wenn das Klagezeichen bekannt geworden ist, der Kunde die inzwischen erworbenen Vorstellungen hinsichtlich dieses Zeichens mit dem ganz ähnlichen Gegenzeichen verbindet. Im umgekehrten Falle, wenn das Patentamt die Eintragung eines neuen Zeichens wegen einer bereits vorhandenen Eintragung versagt, wird ja auch mit größter Selbstverständlichkeit die künftige Entwicklung des Anmeldezeichens vorweggenommen. Das Patentamt versagt die Eintragung nicht, weil eine abstrakte, nur in der Theorie vorhandene Möglichkeit der Verwechslung besteht, sondern die Eintragung wird in der Regel deshalb versagt, weil k ü n f t i g, wenn das Anmeldezeichen neben dem älteren Zeichen benutzt wird, die Gefahr von Verwechslungen zu besorgen ist. Wenn aber bei einem zur Anmeldung gelangenden Zeichen die künftige Entwicklung vorweggenommen wird, warum sollte das nicht auch möglich sein bei einem noch jungen Zeichen, das erst seit kurzer Zeit eingetragen ist und das die normale Verkehrsdurchsetzung noch nicht erreicht hat.

Auf anderen Gebieten des Kennzeichnungsschutzes hat auch der Bundesgerichtshof bereits die Beachtung künftiger Umstände zugelassen. In BGHZ 24,238(243) wurde der Schutz für eine Firmenbezeichnung gem. §§ 12 BGB, 16 Abs.1 UWG ohne räumliche Begrenzung gewährt, obwohl bei Urteilserlaß der zu schützende Name nur örtliche Geltung besaß. Auf dem Gebiet des Kennzeichnungsrechts, so führte der Bundesgerichtshof aus, sei bei der Wertung der Interessen des Namens- oder Firmeninhabers eine etwaige künftige sachliche oder räumliche Ausdehnung des Unternehmens zu berücksichtigen, das Kennzeichnungsschutz gegenüber einer jüngeren, verwechselbaren Bezeichnung begehrt. - Ebenso wurde eine Erstreckung des Ausstattungsschutzes über das Gebiet der derzeitig begrenzten Verkehrsgeltung hinaus für zulässig erklärt, wenn "der Inhaber der Ausstattung mit seinem Absatz und seiner Werbung bereits über den Bereich der Verkehrsgeltung vorgedrungen oder jedenfalls eine Ausdehnungs-

tendenz deutlich erkennbar ist."¹⁾

Die Berücksichtigung künftiger Umstände läßt sich bei den jungen Warenzeichen ebenso wie auf den anderen Gebieten des Kennzeichnungsschutzes nur in bestimmten Grenzen vertreten. In sachlicher Hinsicht müssen einmal Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die vorweggenommene Entwicklung auch tatsächlich eintreten wird und ferner darf "Entwicklungsbegünstigung" nur solange gewährt werden, als die Zeit in der die angenommene Entwicklung normalerweise beendet ist, noch nicht überschritten ist. Es wird dabei nicht verkannt, daß die Berücksichtigung künftiger Umstände stets mit einem beträchtlichen Unsicherheitsfaktor belastet sein wird, weil niemals mit letzter Sicherheit vorauszusagen ist, wie sich die tatsächlichen Verhältnisse gestalten werden und ob sich das betreffende Warenzeichen überhaupt jemals im Verkehr bewähren wird. Darauf wurde bei der Auseinandersetzung mit der "Dreitannen"-Entscheidung bereits hingewiesen. Die gleiche Unsicherheit würde indessen bestehen, wenn man die Defensivzeichen zur Übernahme der Funktion der Entwicklungsbegünstigung heranziehen würde.

Das Ergebnis muß demnach lauten, daß Defensivzeichen zur Verwirklichung des Gedankens der Entwicklungsbegünstigung nicht erforderlich sind. Sie müssen sich vielmehr als störend erweisen, sobald die Entwicklung des jungen Hauptzeichens abgeschlossen ist. Die Defensivzeichen stellen dann, ohne noch irgendeine Funktion zu besitzen, nur noch einen Ballast für die Zeichenrolle dar.

b. Bei den Vorratszeichen scheint die Frage nach einem schutzwürdigen Bedürfnis nicht ohne weiteres von der "and zu weisen zu sein. Da bis zur Eintragung eines neuen Warenzeichens, wenn man die erfolglosen Eintragungsversuche mit einbezieht, im ungünstigen Falle mehrere Jahre vergehen können, scheint das Vorratszeichen dem Unternehmer die einzige Möglichkeit zu bieten,

im Bedarfsfalle für ein neues Produkt ohne Zeitverlust ein geeignetes Warenzeichen zur Verfügung zu haben. Die Industriezweige, die häufig neue Produkte auf den Markt bringen, können einen gewissen Bestand an Vorratszeichen bei dieser Sachlage offenbar nicht entbehren. Auch die rechtswissenschaftliche Literatur ist gegenüber der Bedürfnisfrage bei den Vorratszeichen weit weniger ablehnend als bei den Defensivzeichen.¹⁾ Wie in der Rechtsprechung so geht auch im Schrifttum die Tendenz dahin, das Bedürfnis nach Vorratszeichen zu bejahen, wobei aber gleichzeitig gewisse Schranken gezogen werden, um der Gefahr des Mißbrauchs entgegenzutreten, die die beliebige Zulassung von Vorratszeichen mit sich bringen kann. Bei einer schrankenlosen Zulassung von Vorratszeichen besteht nämlich die Besorgnis, daß die Firmen angesichts der zunehmenden Warenzeichenverknappung mehr und mehr zu einer Hamsterung von Warenzeichen übergehen.

Bei der Prüfung des Bedürfnisses nach Vorratszeichen kann es, da diese Zeichen offenbar nicht gänzlich zu entbehren sind, nur darum gehen, eine vernünftige Grenze zu finden, bis zu der diese Zeichen zugelassen werden können und müssen.

Die Vorratszeichen beruhen auf der Erwägung, daß ein Unternehmer schlecht beraten wäre, wenn er sich für ein neues Produkt erst dann um Warenzeichenschutz bemühen würde, wenn der Verkauf der Ware bereits kurz bevor steht oder bereits begonnen hat. Er könnte niemals ganz sicher sein, ob nicht ältere Kennzeichnungsrechte bestehen, die dazu benutzt werden können, ihm die weitere Verwendung seiner Marke zu untersagen. Es soll also das Risiko für den Hersteller ausgeschaltet werden, daß er möglicherweise gezwungen werden könnte, den Namen seines Produktes zu wechseln. Eine solche Sicherung des Markenartikelherstellers erfordert aber keineswegs die Zulassung von beliebig vielen Vorratszeichen auf unbeschränkte Dauer. Ein echtes Bedürfnis für Vorratszeichen liegt nur solange und insoweit vor, als der Inhaber damit rechnen muß, daß er für

¹⁾ Soweit ersichtlich wird das Bedürfnis für Vorratszeichen ohne Einschränkung nur von Thiele (GRUR 1949, 268 ff.) abgelehnt.

die in sein Programm aufzunehmenden Waren nicht rechtzeitig Zeichenschutz erhalten wird.

Eine Schwierigkeit liegt nun darin, daß es in vielen Industriezweigen nicht möglich sein wird, mit einiger Sicherheit vorauszusehen, wieviele und welche Art von neuen Produkten innerhalb der nächsten Jahre in das Herstellungsprogramm aufgenommen werden oder gar wann die neuen Artikel verkaufsfertig sein werden. Nur wenn das möglich wäre, könnte von einem Unternehmer verlangt werden, daß er seinen Bestand an Vorratszeichen genau auf den zu erwartenden Bedarf abstimmt. Oft wird es aber so sein, daß die jeweilige Marktsituation eine rasche Änderung oder Erweiterung des Verkaufsprogramms erfordert, ohne daß diese Änderung von dem Unternehmer auf lange Sicht hätte geplant werden können. Der Bestand an Warenzeichen muß daher stets einen gewissen Vorsprung gegenüber dem Produktionsprogramm haben, damit auch bei einem kurzfristig und unerwartet auftretenden Zeichenbedarf keine Verzögerung dadurch eintritt, daß ein geschütztes Zeichen nicht zur Verfügung steht. Dennoch erfordert es das Interesse der Markenartikelhersteller nicht, daß auf viele Jahre oder gar Jahrzehnte hinaus Zeichen vorrätig gehalten werden. Ohne das wirkliche Bedürfnis nach Vorratszeichen außer acht zu lassen, können - insbesondere im Hinblick auf die Lebensdauer dieser Zeichen - gewisse Schranken gezogen werden.

Zugunsten der Interessenten für Vorratszeichen soll einmal von dem praktisch wohl kaum vorkommenden Fall ausgegangen werden, daß die Entwicklung eines neu zu verkaufenden und mit einem Warenzeichen zu versehenen Produkts keinerlei Vorbereitungszeit bedarf, daß also ein Unternehmer von heute auf morgen den Entschluß faßt, einen neuen Artikel auf den Markt zu bringen. Eines bereits vorhandenen Vorratszeichens würde es in diesem Falle nicht bedürfen, wenn die Eintragung eines Warenzeichens ebenfalls von heute auf morgen zu bewerkstelligen wäre. Da aber jeder Markenartikelhersteller weiß, daß eine Warenzeichenregistrierung längere Zeit in Anspruch nimmt, hat er bereits am

Tage x die Anmeldung eines Vorratszeichens eingeleitet. Wenn dieses Zeichen am Tage y in die Zeichenrolle eingetragen wird und am darauffolgenden Tage z zur Kennzeichnung des neu zu verkaufenden Artikels verwendet wird, so wäre dies ein Idealfall, in dem der Vorratszeitraum auf das Mindestmaß von einem Tag herabgesetzt wäre. Das Bedürfnis für die vorsorgliche Eintragung des Warenzeichens läge hier auf der Hand, da der Unternehmer das Zeichen sogleich nach der Eintragung in Benutzung genommen hat. Da aber ein Warenzeichenanmelder kaum voraussehen kann, welche Zeit die Eintragung eines Warenzeichens in Anspruch nehmen wird, muß die Praxis sich einen wesentlich größeren Spielraum vorbehalten. Ein umsichtiger Unternehmer wird die Anmeldung eines Warenzeichens so rechtzeitig vornehmen, daß auch dann, wenn das Eintragungsverfahren sich überdurchschnittlich lange hinauszieht, die Eintragung noch erfolgt, bevor er auf die Benutzung des angemeldeten Zeichens angewiesen ist. Da es in ungünstig gelagerten Fällen mehrere Jahre dauern kann, bis ein Zeichen zur Eintragung gelangt, erscheint es geboten, etwa 3 Jahre vor der geplanten Inbenutzungnahme die Anmeldung eines Zeichens vorzunehmen.¹⁾ Falls die Eintragung früher erfolgen sollte - was bei den meisten Anmeldungen der Fall sein dürfte - so handelt es sich bis zum Ablauf des dritten Jahres nach der Anmeldung nicht eigentlich um einen Vorratszeitraum, sondern nur um einen Zeitvorsprung, den der Unternehmer dadurch gewonnen hat, daß die Eintragung früher erfolgte, als er vorsichtigerweise angenommen hatte. Erst wenn seit der Anmeldung die angenommene 3-Jahresfrist verstrichen ist, ohne daß das inzwischen eingetragene Zeichen in Benutzung genommen wurde, ist von einem echten Zeichen-vorrat zu sprechen. Nur von solchen Zeichen kann zu Recht ge-

¹⁾ Diese Spanne ist erfahrungsgemäß für die Durchsetzung einer Zeichenanmeldung erforderlich, wenn Widersprüche eingelegt werden und gegen die Entscheidung der Prüfungsstelle Beschwerde eingelegt wird (vgl. auch Völp, WuW 1959, 95). Falls die eingelegten Widersprüche die Chance einer späteren Eintragung des angemeldeten Zeichens von vorneherein gering erscheinen lassen, ist es im eigenen Interesse des Anmelders ohnehin geboten, die Anmeldung eines anderen Zeichens zu versuchen und nicht erst die Beschwerdeentscheidung oder gar die Entscheidung auf eine Eintragungsklage gem. § 6 Abs. 2 WZG abzuwarten.

sagt werden, daß sie nicht in der Absicht angemeldet wurden, sogleich nach erfolgter Eintragung in Gebrauch genommen zu werden. Es sind dies die Zeichen, auf deren Vorrat der Unternehmer angewiesen ist, wenn eine schnelle Änderung oder Erweiterung des Produktionsprogramms erforderlich wird.

Das Interesse der Unternehmer erfordert es nun aber nicht, daß diese Vorratszeichen auf unbestimmte Dauer zu seiner Verfügung stehen. Wenn nach Ablauf des 3-Jahreszeitraums seit der Anmeldung eine weitere Anzahl von Jahren verstrichen ist und das Zeichen nicht benutzt wurde, so muß das Bedürfnis an der Freihaltung dieses Zeichens vielmehr als geschwunden betrachtet werden. Der Überblick über ausländische Markenrechte hat gezeigt, daß eine größere Zahl von Ländern, die auf dem Standpunkt des Benutzungszwangs stehen, von einer 5-jährigen Bedenkfrist ausgehen, innerhalb welcher sich der Markeninhaber darüber klar zu werden hat, ob er sein Vorratszeichen in Benutzung nehmen oder es wieder aufgeben will. In Deutschland, wo die Markenartikelindustrie seit Jahrzehnten an die Vorratshaltung von Warenzeichen auf lange Sicht gewöhnt ist, erscheint dagegen zunächst eine großzügigere Handhabung angebracht. Der Vorschlag von Kreislers¹⁾, die Laufzeit von Vorratszeichen auf die Dauer von 10 Jahren seit erfolgter Anmeldung zu begrenzen, erscheint mir - zumindest für eine gewisse Übergangszeit - zweckmäßig. Da die Schutzdauer eines Warenzeichens mit dieser 10-Jahresfrist zusammenfällt, würden sich zudem beachtliche praktische und für das Patentamt arbeitsökonomische Gesichtspunkte für die Einführung einer solchen Befristung ergeben.

Es kann nicht behauptet werden, daß nach Ablauf der 10-jährigen Frist, d.h. also im Schnitt mindestens 7 Jahre nach erfolgter Eintragung des Zeichens, noch weiterhin ein Bedürfnis an der Aufrechterhaltung dieses Zeichens besteht. Wenn ein Zeichen, für das ein Unternehmer in absehbarer Zeit Verwendung zu haben glaubte, nach Ablauf von 10 Jahren seit der Anmeldung

1) GRUR 1954, 439

noch immer nicht gebraucht wurde, so kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß der Bedarf in bezug auf dieses Zeichen zu hoch eingeschätzt wurde. Das besagt indessen nicht, daß der Inhaber des nunmehr hinfällig gewordenen Zeichens eines Zeichenvorrats schlechthin nicht mehr bedürfe. Die Nichtbenutzung des vor mehr als 10 Jahren angemeldeten Zeichens hat lediglich zur Folge, daß gerade für dieses Zeichen ein Bedürfnis nicht mehr anzuerkennen ist, weil der Markeninhaber durch die langjährige Nichtbenutzung selbst bekundet hat, daß seine Erwartungen in bezug auf die Verwendungsmöglichkeit dieses Zeichens sich nicht erfüllt haben. Auf die Möglichkeit einer etwaigen späteren Verwendung kann er sich nicht berufen, da man ihn nun, nach Ablauf der weitgespannten Frist auf den Weg einer Neu anmeldung verweisen kann, wenn er glaubt, auf das Vorhandensein von Vorratszeichen nicht verzichten zu können. Wie jeder andere, der neuen Zeichenschutz begehrt, müßte sich dann der Interessent an Vorratszeichen "hinten anstellen" und sich rechtzeitig um den Erwerb neuer Zeichen bemühen.

Ohne das echte Bedürfnis nach Vorratszeichen zu beschneiden, könnte dadurch verhindert werden, daß große Mengen von Zeichen auf unabsehbare Zeit in den "Vorratskisten" der großen und kleinen Firmen verschwinden und nur hervorgeholt werden, um anderen die Benutzung ähnlicher Zeichen zu untersagen. In vielen Fällen werden Vorratszeichen, deren Anmeldung schon lange Zeit zurückliegt, ohnehin nicht mehr verwendbar sein, so daß deren Aufgabe für den Inhaber kein großes Opfer bedeutet.¹⁾

Nach der Prüfung der Bedürfnisfrage für Defensiv- und Vorratszeichen gelange ich demnach zu folgendem Ergebnis:

Ein schützenswertes Bedürfnis für die Existenz von Defensivzeichen ist nicht vorhanden. Für Vorratszeichen besteht ein

¹⁾ Auch die Bildung von Warenzeichen ist der Mode unterworfen, und Zeichen, die früher üblich waren, können heute geradezu grotesk wirken. Vgl. auch v. Kreisler, GRUR 1954, 436 f., der auf die frühere Gepflogenheit hinweist, Arzneimittel-Warenzeichen durch phantasievollen Hinweis auf bestimmte Körperorgane zu bilden.

wirtschaftliches Bedürfnis. Dieses ist jedoch dann nicht mehr anzuerkennen, wenn seit der Zeichenanmeldung mehr als 10 Jahre verstrichen sind, ohne daß das Zeichen in Benutzung genommen worden ist.

2. Das Verhältnis der Defensiv- und Vorratszeichen zur Freiheit und Lauterkeit des Wettbewerbs

Nachdem im vorigen Abschnitt die Frage des wirtschaftlichen Bedürfnisses nach Defensiv- und Vorratszeichen untersucht wurde, geht es im folgenden in der Hauptsache um deren wirtschaftliche Verträglichkeit. Soweit schon kein Bedürfnis für Defensiv- und Vorratszeichen besteht, müßte die Feststellung, daß sie zudem mit den Prinzipien des freien und lautereren Wettbewerbs nicht in Einklang zu bringen sind, ihr Schicksal besiegeln.

a. Das Verhältnis der Defensiv- und Vorratszeichen zu dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit kann nur im Lichte des allgemeinen Gegensatzes richtig gewürdigt werden, der zwischen dem Warenzeichenrecht als einem Bestandteil des gewerblichen Rechtsschutzes und der Forderung nach der Freiheit des Wettbewerbs besteht. Dieser Gegensatz wiederum ist nur ein Ausschnitt aus einem das gesamte Wettbewerbsrecht beherrschenden Problem, bei dem es um die "Gegensätzlichkeit des Bereichs erworbener und vom Recht zugeordneter Güter zur wirtschaftlichen Entfaltungs- und Erwerbsfreiheit"¹⁾ geht. Innerhalb des großen Gebiets des Wettbewerbsrechts gibt es zwei Normengruppen, von denen man etwas übertrieben sagen kann, daß sie sich wie Feuer und Wasser zueinander verhalten. Das sind auf der einen Seite alle die Normen des gewerblichen Rechtsschutzes, die dem einzelnen gewerbliche Sonderrechte einräumen und damit "aus dem Bereich der Wettbewerbsfreiheit bestimmte Felder ausschneiden."²⁾ Auf der anderen Seite steht das Gesetz gegen Wettbewerbs-

¹⁾ Fikentscher, S.309

²⁾ Derselbe, S.278

beschränkungen, dessen Hauptziel es ist, Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen. Zwar kämpfen der gewerbliche Rechtsschutz und das Kartellrecht "an einer anderen Front"¹⁾ insofern, als das GWB sich in erster Linie gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch private Absprachen (§§ 1, 15 GWB) und marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 GWB) wendet, während der gewerbliche Rechtsschutz Ausschlußrechte in Form von Patenten, Gebrauchsmustern, Geschmacksmustern, Warenzeichen usw. schafft. Die entgegengesetzte Tendenz beider Normengruppen wird aber deutlich, wenn man die Monopolbekämpfung durch das GWB betrachtet, während die Normen des gewerblichen Rechtsschutzes gerade auf die Schaffung von Monopolen in Form von ausschließlichen Benutzungsrechten gerichtet sind. Wenn aber auf der einen Seite zum Schutze der Wettbewerbsfreiheit die Monopole bekämpft werden, während auf der anderen Seite die Entstehung monopolartiger Rechte begünstigt wird, so hat sich die Rechtsordnung rechenschaft darüber abzulegen, wie weit der Einbruch der Monopole in die Wettbewerbsfreiheit gehen soll und gehen darf. Damit erhebt sich die Frage nach den Grenzen der gewerblichen Schutzrechte gegenüber der Wettbewerbsfreiheit.

Die Entwicklung des gewerblichen Rechtsschutzes beruht auf der Erkenntnis, daß die Wirtschaft gewisser "Bezirke der Wettbewerbslosigkeit bedarf, um zu funktionieren und dem Fortschritt die Tür offen zu halten."²⁾ Wenn jeder Gewerbetreibende die Leistung des anderen nachahmen und dessen Arbeitsergebnisse ausnutzen könnte, so würde weitgehend der Ansporn dafür fehlen, den Konkurrenten durch eigene Leistungen zu übertreffen. So beruht das Patent auf dem Gedanken, daß derjenige, der durch eine technische Erfindung zum allgemeinen Fortschritt beigetragen hat, in die Lage versetzt werden soll, für eine begrenzte Zeit zunächst das alleinige und ausschließliche Recht für den Gebrauch und die Verwertung seiner Erfindung zu haben. Der Erfinder erhält eine Sonderrechtsstellung gegenüber den Mitbewerbern, denen jede gleichgerichtete Tätigkeit, die auf

1) Völp, WuW 1959, 91

2) Fiektscher, S. 142

eine Verwertung der geschützten Erfindung hinausläuft, untersagt wird. Der Grund für die Vorzugsstellung des Erfinders gegenüber den Mitbewerbern beruht dabei nicht auf der Tatsache der Erfindung allein, sondern auch darauf, daß die offenbarte Erfindung nach Ablauf einer bestimmten Zeit der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird und dem allgemeinen Wohle zu dienen in der Lage ist.

Während der Erfinderschutz durch eine dem Wohle der Allgemeinheit dienende individuelle Leistung seinen Sinn erhält, liegt dem Schutz des eingetragenen Warenzeichens ein etwas anderer Gedanke zugrunde. Die Schaffung eines Ausschlußrechts kann hier nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß es dem Warenzeicheninhaber gelungen ist, ein für die Kennzeichnung seiner Waren geeignetes Wort- oder Bildzeichen gefunden zu haben, das sich von den Warenkennzeichnungen anderer hinreichend unterscheidet.¹⁾ Die Auswahl und Eintragung eines Zeichens bedeutet noch keinerlei Bereicherung der Allgemeinheit. Auch spielt im Warenzeichenrecht wegen der unbegrenzten Verlängerungsmöglichkeit der Gedanke keine Rolle, daß das geschützte Zeichen eines Tages frei werden und der Allgemeinheit zugute kommen könnte. Der Grund für die Schaffung von Ausschließungsrechten in Form von Warenzeichen knüpft überhaupt weniger an das geschützte Zeichen selbst als an den Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers an.²⁾ Dessen Geschäftstätigkeit soll geschützt und angespornt werden und nicht soll ihm in Gestalt eines Zeichenmonopols eine Belohnung dafür zuteil werden, daß er für sich ein Zeichen hat eintragen lassen. Der Warenzeichenschutz stellt ein rechtliches Ordnungsgefüge dar, das jedem, der sich mit der Herstellung oder Verteilung von wirtschaftlichen Gütern beschäftigt, die Möglichkeit geben soll, planvoll zu wirtschaften und zu werben. Das Warenzeichen, das nur von

1) Der Ansicht Fikentschers (S.279), daß die Auswahl von Warenzeichen kaum eine Schwierigkeit bereite, kann indessen nicht zugestimmt werden. Die Verknappung von brauchbaren Namen ist ein aktuelles Problem des Zeichenrechts und Miosga (GRUR 1961, 266ff.) spricht bereits von einer neuen Berufssparte des Warenzeichenfinders.

2) Fikentscher, S.140

e i n e m Hersteller zur Kennzeichnung von Waren einer bestimmten Gattung benutzt werden darf, soll dazu dienen, die notwendige Verbindung zwischen dem Unternehmen und dem Kunden herzustellen, ohne die ein gedeihlicher Wettbewerb mehrerer miteinander konkurrierender Unternehmen nicht denkbar ist.

"Es geht dem Gesetzgeber darum, die Arbeit des Gewerbetreibenden zu erleichtern, dadurch, daß ihm die ausschließliche Verwendung eines Zeichens für eine Ware gestattet wird, um ihm zu helfen, auf diese Weise jene Brücke zum Kunden zu schlagen, welche die Voraussetzung aller planvollen Absatzpolitik ist."¹⁾ Der in dem Warenzeichenschutz liegende Ansporn für den Unternehmer ist aber - ebenso wie im Urheber- und Patentrecht - nicht Selbstzweck, sondern die Leistung des einzelnen soll letzten Endes in Gestalt eines besseren und übersichtlicheren Angebots auch wieder der Allgemeinheit zugute kommen. Der Schutzgrund für die Schaffung von Zeichenmonopolen ist demnach darin zu sehen, daß der Unternehmer durch Bereitstellung von geschützten Zeichen in seiner Geschäftstätigkeit zum allgemeinen Nutzen angespornt werden soll.

Diesem Ziel des geschäftlichen Ansporns zum allgemeinen Nutzen hat der Gesetzgeber bei Schaffung des Warenzeichengesetzes einen Ausschnitt der Wettbewerbsfreiheit geopfert. Das geschützte Warenzeichen nimmt demnach, wie alle gewerblichen Sonderrechte, eine Ausnahmestellung gegenüber der Wettbewerbs- und gewerblichen Betätigungsfreiheit ein. Es ist das Verdienst Fikentschers²⁾ auf die in moderner Zeit wenig beachtete Gegensätzlichkeit zwischen gewerblichem Rechtsschutz auf der einen und der Gewerbefreiheit auf der anderen Seite wieder hingewiesen zu haben. Die Ausnahme gegenüber der Wettbewerbsfreiheit ist demnach stets bei der Frage, in welchem Umfange Ausschlußrechte erteilt werden dürfen, im Auge zu behalten.

Wenn oben gesagt wurde, daß das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen an "einer anderen Front" kämpfe als der gewerbliche Rechtsschutz, so sollte damit nicht gesagt werden, daß

1) Fikentscher, S.140

2) S.141 ff.

keine Berührungspunkte zwischen dem GWB und dem gewerblichen Rechtsschutz vorhanden sind. Einmal ist mit Völp darauf hinzuweisen, daß dem GWB, das "dem freien Wettbewerb als einem Grundpfeiler der Marktwirtschaft einen bedeutend höheren Wert beimißt als das Kartellrecht vergangener Jahrzehnte"¹⁾, Wertungen zugrunde liegen, die für unsere gesamte Wirtschaftsordnung und damit auch im gewerblichen Rechtsschutz Beachtung finden müssen. Diese Wertungen gehen, auf eine kurze Formel gebracht, dahin: "Möglichst breiter Raum für den Wettbewerb, Beschränkungen nur, soweit sie unumgänglich sind."²⁾ Das GWB enthält aber auch einen unmittelbaren Berührungspunkt zum gewerblichen Rechtsschutz. Aus § 20 GWB, der sich mit Verträgen über den Erwerb oder die Benutzung von Patenten, Gebrauchsmustern und Sortenschutzrechten befaßt, läßt sich ein allgemeiner Rechtsgedanke herleiten, der - mutatis mutandis - auch im Warenzeichenrecht Anwendung finden muß. In der genannten Vorschrift geht es unmittelbar darum, daß der Verkäufer oder Lizenzgeber eines der erwähnten Schutzrechte dem Erwerber bzw. Lizenznehmer, von bestimmten Ausnahmen abgesehen, keine Beschränkungen auferlegen darf, die "über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen". Beschränkungen, die über den Inhalt des Schutzrechts hinausgehen, weiten die Rechtsstellung des Schutzrechtsinhabers künstlich aus³⁾ und stellen damit einen durch das Gesetz nicht gerechtfertigten Einbruch in die Wettbewerbsfreiheit dar. Es kommt demnach der Rechtsgedanke zum Ausdruck, "daß alle gewerblichen Schutzrechte - und damit auch die Warenzeichen - wegen ihres wettbewerbsbeschränkenden Charakters nur insoweit Rechtsschutz verdienen und beanspruchen dürfen, als das mit ihrem gesetzlichen Schutzgrund vereinbar ist."⁴⁾ Aus § 20 GWB läßt sich das Erfordernis herleiten, daß Ausschlußrechte nur zulässig sind, soweit und solange sie in dem jeweiligen Gesetz einen rechtfertigenden Grund finden, d.h., wenn der dem Gesetz vorschwebende Schutzgrund in jedem Falle gegeben ist.

1) WuW 1959, 90 f.

2) Völp, WuW 1959, 90

3) Baumbach, Anm. 1 zu § 1 GWB

4) Friedrich, Mitt. 1959, 279

In bezug auf die Warenzeichen folgt daraus, daß die Befugnis zum alleinigen und ausschließlichen Gebrauch eines Zeichens nur dann verliehen werden darf, wenn das Zeichen dazu bestimmt und geeignet ist, für den Unternehmer einen geschäftlichen Ansporn zum allgemeinen Nutzen in dem oben erläuterten Sinne darzustellen. Ein Zeichen, das im Verkehr zur Kennzeichnung von Waren benutzt wird oder dessen Benutzung kurz bevor steht, entspricht diesem Erfordernis. Anders ist es dagegen bei den Defensivzeichen und denjenigen Vorratszeichen, die schon lange Zeit ungenutzt in der Rolle stehen. Hier ist die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit, die von der Eintragung dieser Zeichen ausgeht, nicht von dem gesetzlichen Schutzgrund gedeckt. Die unbenutzten Warenzeichen, sei es, daß sie zur besseren Rechtsverteidigung oder im Hinblick auf eventuellen künftigen Bedarf eingetragen sind, mögen zwar in vielen Fällen für den Unternehmer nützlich sein. Dieser Nutzen ist indessen ein rein privater, der vom Gesetz nicht anerkannt ist. Es soll nach dem Willen des Gesetzes bei der Bemessung des Schutzzumfangs eines eingetragenen Warenzeichens gemäß § 31 WZG lediglich darauf ankommen, ob "die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr vorliegt", wenn das verletzende Zeichen neben dem älteren Zeichen benutzt wird. Eine weitere Ausdehnung des Schutzzumfangs durch die zusätzliche Eintragung von Defensivzeichen ist vom Gesetzgeber nicht gewollt und stellt eine unzulässige Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit für die Mitbewerber dar.¹⁾

Bei den Vorratszeichen soll nicht der gesetzliche Schutzzumfang bestimmter Marken über das gesetzlich vorgesehene Maß ausgedehnt werden, sondern es handelt sich darum, daß der Vorratszeicheninhaber - wiederum zu Lasten der Mitbewerber - sich eine Arbeits- und Risikoerleichterung verschafft. Vom Standpunkt des einzelnen Unternehmers aus gesehen mag es durchaus zweckmäßig sein, zu irgendeinem Zeitpunkt, gewissermaßen in einem Arbeitsgang, sich einen solchen Zeichenvorrat zu beschaffen, daß nicht nur der Bedarf für viele Jahre gedeckt ist, sondern daß auch darüberhinaus noch stets genug Auswahlmöglichkeiten verbleiben, wenn ein neues Zeichen gebraucht wird. Da nun aber alle

¹⁾ Thiele, GRUR 1949,269; Friedrich, Mitt. 1959,279

eingetragenen Zeichen, gleichgültig ob mit einer Verwendung in absehbarer Zeit zu rechnen ist oder nicht, gegenüber neuen Zeichen verteidigt zu werden pflegen, folgt daraus für die Interessenten an neuen Bezeichnungen eine erheblich größere Belastung als sie vom Gesetz vorgesehen ist. Diese werden nämlich in ihrer Freiheit hinsichtlich der Kennzeichnung ihrer Produkte nicht nur durch Ausschlußrechte beschränkt, die dem Zweck eines geschäftlichen Ansporns zum allgemeinen Nutzen dienen, sondern sie werden zudem auch noch durch Sonderrechte behindert, die allenfalls einem rein privaten Interesse nützlich sein mögen, die aber mit dem eigentlichen Zweck für die Einführung des Sonderrechtsschutzes nicht vereinbar sind. Auch die Vorratszeichen stellen demnach grundsätzlich eine gesetzlich nicht gerechtfertigte Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit dar.

Im Hinblick auf das bestehende Bedürfnis an Vorratszeichen sind jedoch in dem oben angedeuteten Umfang¹⁾ Ausnahmen zuzulassen. Wenn für die Vorratszeichen innerhalb der aufgezeigten zeitlichen Grenzen ein echtes Bedürfnis besteht, so muß insoweit eine Interessenabwägung zwischen der Wettbewerbsfreiheit auf der einen und dem Sonderrechtsschutz auf der anderen Seite zugunsten der Erteilung von Ausschlußrechten ausfallen. Es geht nicht an, die Forderungen nach der Freiheit des Wettbewerbs so weit auszudehnen, daß dadurch in der Praxis eine Entwertung der gewerblichen Schutzrechte zu besorgen ist. Mit der Zulassung von Vorratszeichen auf die Dauer von 10 Jahren scheint mir jedoch die äußerste Grenze erreicht, bis zu der sich die Ausweitung des Sonderrechtsschutzes und die Einschränkung der allgemeinen Betätigungsfreiheit vertreten läßt.

b. Die Wettbewerbswidrigkeit der Defensivzeichen und, in bestimmtem Umfang, der Vorratszeichen folgt nicht nur daraus, daß diese Zeichen eine außerhalb des Rahmens ihres Schutzzweckes liegende Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge haben.

¹⁾ Vgl. die Ausführungen unter V 1 b über die Bedürfnisfrage bei Vorratszeichen.

Diese Zeichen sind auch insofern wettbewerbswidrig, als sie mit der Forderung nach Lauterkeit des Wettbewerbs nicht vereinbar sind. Während die Feststellung der Unverträglichkeit der unbenutzten Zeichen mit der Freiheit des Wettbewerbs im wesentlichen wertungsfreier Natur war, bedarf es im folgenden einer wertenden Überprüfung der Defensiv- und Vorratszeichen auf Grund des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb.

Soweit sich die Rechtsprechung mit der Frage befaßte, ob und inwieweit Defensiv- und Vorratszeichen unter dem Gesichtspunkt des lautereren Wettbewerbs zuzulassen seien, wurde meist nur der allgemeine Wertungsmaßstab der "guten Sitten" zugrunde gelegt.¹⁾ Das mußte zur Folge haben, daß die Entscheidungen, die die Rechtswirksamkeit von unbenutzten Zeichen wegen Sittenverstosses verneinen, oftmals wenig überzeugend wirken, weil der Eindruck entsteht, daß bei Heranziehung eines so allgemein gehaltenen Wertungsmaßstabes ein zu großer Raum für eine gefühlsmäßige Beurteilung des jeweiligen Falles bleibt. Es ist daher geboten, in Ausgestaltung der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel eine Unternorm zu finden, die einen geeigneten und genügend konkretisierten Maßstab für den zur Bewertung stehenden Gegenstand abgeben kann. Als Stichwort bietet sich in diesem Zusammenhang der "Behinderungswettbewerb" an.

Behinderungswettbewerb liegt vor, wenn die Förderung der Absatztätigkeit des eigenen Unternehmens nicht durch eigene tüchtige Leistung, sondern durch Behinderung des Mitbewerbers

1) Vgl. den Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung unter III 1. Auch noch die mehrfach zitierte "Dreitannen"-Entscheidung des BGH enthält kaum konkrete Anhaltspunkte darüber, woraus die Sittenwidrigkeit von Defensivzeichen im einzelnen Falle zu entnehmen sei: "Wird die Schutzwürdigkeit eines eingetragenen Abwehrzeichens im Zivilprozeß in Zweifel gezogen, so bedarf es ... in jedem Einzelfall der Prüfung, ob dem Zeicheninhaber den Umständen nach unter den Gesichtspunkten des lautereren Wettbewerbs und der guten Sitten ein schutzwürdiges Interesse zur Seite steht oder ob er umgekehrt mit seinem formalen Zeichenrecht einen nach den Grundsätzen des einwandfreien Geschäftsverkehrs abzulehnenden Mißbrauch treibt" (GRUR 1961, 35).

bewirkt werden soll. Dabei ist nicht schon jede Beeinträchtigung des Mitbewerbers als Behinderungswettbewerb anzusehen. Die Ausdehnung des eigenen Geschäftskreises auf Kosten der Konkurrenz ist vielmehr gerade Sinn und Zweck des Wettbewerbs. Das gilt allerdings nur insoweit, als die Überflügelung des Gegners durch eigene Leistung, z.B. bessere Qualität der Ware oder niedrigeren Preis, erreicht wird. Behinderungswettbewerb liegt erst dann vor, "wenn ein Mitbewerber nicht durch eigene Leistung, sondern durch das Mittel der Behinderung zu erreichen sucht, daß der andere seine Leistung auf dem Markt nicht oder nicht mehr rein zur Geltung bringen kann."¹⁾ Verdrängung des Mitbewerbers als wesenseigene Folge des Wettbewerbs ist demnach kein Behinderungswettbewerb, sondern nur die Behinderung des Gegners als Mittel zur Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit.

Wettbewerbshandlungen, die unter Berufung auf bestehende Kennzeichnungsrechte vorgenommen werden, sind normalerweise dann Ausdruck eines Leistungs- und nicht eines Behinderungswettbewerbs, wenn das in Anspruch genommene Recht dem Schutz einer echten und ehrlichen Leistung dient. Das ist insbesondere der Fall, wenn es einem Wettbewerber bereits gelungen ist, unter der Bezeichnung, die gegenüber einem Mitbewerber verteidigt werden soll, Anerkennung und Vertrauen im Verkehr zu genießen. Das Leistungsprinzip ist hier in reiner Form gewahrt, da es die Tüchtigkeit und das Geschick des Zeicheninhabers waren, die seiner Marke die Anerkennung eingebracht haben. Die Ausschaltung anderer von der Benutzung eines gleichen oder ähnlichen Zeichens dient dem Schutze der eigenen Leistung und stellt für die Mitbewerber lediglich ein Hindernis dar, die Leistung des anderen für eigene Zwecke nutzbar zu machen. Die Inanspruchnahme des Ausschließungsrechts durch den Zeicheninhaber behindert zwar die Mitbewerber in ihrer Freiheit der Zeichenwahl; dieser Behinderung steht aber eine eigene tüchtige Leistung des Behindernden zur Seite, die höher zu bewerten ist als das Interesse des Mitbewerbers an

¹⁾ Baumbach, § 1 UWG, Anm.103

dem von ihm gewählten Zeichen.

Auch die Berufung auf ein wenig bekanntes oder sogar noch niemals benutztes Warenzeichen kann noch als Ausdruck des Leistungsprinzips verstanden werden. Da bei der Geltendmachung von Ausschlußrechten, die sich auf unbenutzte Warenzeichen gründen, eine eigene Leistung des Zeicheninhabers - abgesehen von der Erwirkung der Zeicheneintragung - noch nicht erkennbar ist, bedarf es, um auch diesen Wettbewerbshandlungen den Charakter des Leistungswettbewerbs nicht generell abzusprechen, der Heranziehung des Gedankens der Entwicklungsbegünstigung.

Unsere Rechtsordnung sieht sich ganz allgemein vor die Aufgabe gestellt, den Schutz der Persönlichkeit in zwei entgegengesetzte Richtungen zu sichern. Auf der einen Seite steht der Schutz der Besitzrechte im weitesten Sinne. Auf der anderen Seite geht es um den Schutz der Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit. Insoweit sind von dem Recht Vorkehrungen zu treffen, die die Teilnahme eines jeden an der "ständigen Änderung der persönlichen Herrschaftsbereiche"¹⁾ ermöglichen. Ganz ähnlich verhält es sich auch im Wettbewerbsrecht. Neben den Schutz der erworbenen Güter muß der Schutz der freien geschäftlichen Entfaltungsmöglichkeit treten. "Würden die verfügbaren Güter dieser Erde durch ein vollständiges System der Herrschaftssicherung aufgeteilt, so geriete das Leben und damit auch der Rechtsverkehr in Stagnation."²⁾ Für das Warenzeichenrecht bedeutet diese Forderung nach einem zweiseitigen Schutz, daß neben den bekannten, eingeführten und benutzten Zeichen auch diejenigen zu schützen sind, deren Benutzung geplant und in absehbarer Zeit zu verwirklichen ist. Würde der Rechtsschutz solcher jungen Zeichen erst einsetzen, wenn auf Grundvorangegangener Tätigkeit das Zeichen bereits einen greifbaren Wert verkörpert, so müßte der Unternehmer während der Vorbereitungs- und Entwicklungszeit der neu zu kennzeichnenden Ware ständig befürchten, daß ein anderer, möglicherweise nachdem er selbst seine Vorbereitungsarbeit schon ganz auf das neue

¹⁾ Fikentscher, S.208 f.

²⁾ Derselbe, S.208 f.

Zeichen eingestellt hat, eine gleiche oder ähnliche Marke in Benutzung nimmt und damit seine Fläche insoweit hinfällig macht. Um diesen Anfangsschwierigkeiten, die in Rechtssystemen mit "Erstbenutzungsprinzip" entstehen können,¹⁾ aus dem Wege zu gehen, wird nach deutschem Recht die ausschließliche Befugnis zur Benutzung einer Marke schon mit der Eintragung verliehen,²⁾ wobei als maßgebender Zeitpunkt für die Priorität sogar der Tag der Anmeldung zugrunde gelegt wird, wenn nur später die Eintragung erfolgt. Der mit der Anmeldung einsetzende Schutz kann jedoch immer nur unter dem Vorbehalt erteilt werden, daß eine spätere Leistung des Schutzrechtsinhabers den zunächst als Entwicklungshilfe gedachten Schutz rechtfertigt.³⁾ In diesem Vorbehalt ist nichts anderes als die Wahrung des Leistungsprinzips zu sehen. Die später zu erbringende Leistung rechtfertigt die Erteilung von Ausschlußrechten und die Wettbewerbshandlungen des Schutzrechtsinhabers, die unter Berufung auf diese Ausschlußrechte vorgenommen werden, können daher als eine besondere Form des Leistungswettbewerbs angesehen werden.

Anders liegt dagegen der Fall, wenn die von der Rechtsordnung vorausgesetzte Leistung des Schutzrechtsinhabers von vorneherein nicht erbracht werden soll. Unter diesen Umständen würde, wie Friedrich⁴⁾ es ausdrückt, das Recht "auf Kosten der Mitbewerber einen ungedeckten Scheck honorieren." Der Inhaber eines eingetragenen Zeichens, das nicht, oder zumindest nicht in absehbarer Zeit, im Verkehr zur Kennzeichnung von Waren und damit zur Repräsentation einer unternehmerischen Leistung dienen

1) Vgl. Ulmer, S.63

2) Diesen Grundsatz hebt der Entwurf eines Warenzeichengesetzes von 1913 als einen "offenbaren Vorzug des deutschen Rechts" hervor, vgl. Bl.1913, Beilage zu Nr.7/8, S.45.

3) Das kommt, wenn auch auf einem anderen Gebiet des Kennzeichnungsrechts, in den oben unter V 1 erwähnten BGH-Entscheidungen zum Ausdruck, wenn gesagt wird, daß der über den derzeitigen Leistungsstand hinausgehende Schutz nur dem Unternehmen gewährt werden könne, von dem mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, daß es die Absicht der Ausdehnung seines Tätigkeitsbereichs verwirklichen könne und verwirklichen werde (BGHZ 24,238; BGH GRUR 1956,558,561).

4) GRUR 1961,38

soll, erschleicht sich, um es ganz drastisch zu sagen, unter Vortäuschung einer künftigen Leistung gegenüber den Mitbewerbern eine Sonderrechtsstellung. Die Warenzeichen, die nicht zu dem in § 1 WZG vorausgesetzten Zweck der Unterscheidung von Waren eines Unternehmers von den Waren anderer bestimmt sind, verdienen demnach unter dem Gesichtspunkt des Leistungswettbewerbs keinen Schutz. Ihre Ausnutzung stellt insofern eine Form des Nichtleistungswettbewerbs dar, als ein grobes Mißverhältnis besteht zwischen der geringen Leistung des Zeicheninhabers, die lediglich in der Erwirkung der Zeicheneintragung gesehen werden kann, und der Beeinträchtigung, die von diesen Zeichen für die Mitbewerber ausgeht. Schon die Erwirkung der Eintragung eines Zeichens, das zur Warenkennzeichnung nicht verwendet werden soll, muß als Handlung des Nichtleistungskampfes angesehen werden, da auch aus der bloßen Tatsache des Eingetragenseins eines Zeichens in nicht unerheblichem Maße Beeinträchtigungen ausgehen können. Das zeigt sich vor allem dann, wenn ein Interessent an einem neuen Kennzeichen eine Vorprüfung über die Eintragbarkeit bestimmter Zeichen vornimmt und möglicherweise von besonders geeigneten Bezeichnungen von sich aus Abstand nimmt, weil verwechslungsfähige Zeichen, die aber in Wahrheit nur ein Rollendasein führen, bereits voreingetragen sind. Die Merkmale des Behinderungswettbewerbs treffen auf die unbenutzten Zeichen¹⁾ insofern zu, als weder ihrer Eintragung noch ihrer Geltendmachung eine eigene tüchtige Leistung zur Förderung der eigenen Geschäftstätigkeit zur Seite steht, sondern weil der Zeicheninhaber durch das Mittel der Behinderung zu erreichen sucht, daß der Mitbewerber seine Leistung auf dem Markt "nicht mehr rein

1) Die Defensiv- und die Vorratszeichen werden hier aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit zusammen behandelt. Die getroffenen Feststellungen gelten für beide Zeichenarten mit der Maßgabe, daß bei den Vorratszeichen solche angenommen sind, für die ein echtes Bedürfnis besteht. Unter den "unbenutzten Zeichen" sollen daher im folgenden immer nur die Defensivzeichen und solche Vorratszeichen verstanden werden, für die ein schutzwürdiges Bedürfnis nicht anzuerkennen ist.

zur Geltung bringen kann."¹⁾ Der Inhaber nichtbenutzter Zeichen kann sich nicht darauf berufen, daß er nicht in erster Linie die Behinderung der Konkurrenz, sondern das eigene Vorwärtskommen im Auge habe, weil ein echtes Bedürfnis nach unbenutzten Zeichen - von den Vorratszeichen innerhalb der oben festgelegten Grenzen abgesehen - nicht besteht. Wenn Baumbach²⁾ davon gesprochen hat, daß der Erwerb von "Hinterhaltszeichen" (gemeint sind Defensivzeichen) durch kein Bedürfnis und durch keine dem freien Wettbewerb entfließende Notwendigkeit gerechtfertigt sei, sondern einen Rechtsmißbrauch darstelle, so trifft diese Feststellung in gleicher Weise für die über das tatsächliche Bedürfnis hinaus eingetragenen Vorratszeichen zu. In beiden Fällen liegt die gleiche Zielsetzung zu Grunde: Mittels Beschränkung der Möglichkeiten der Mitbewerber soll der eigene, auf wettbewerbswidrige Weise zustande gekommene Vorsprung gewahrt und vergrößert werden. Dieses Motiv muß der Eintragung und Ausnutzung von unbenutzten Zeichen den Charakter eines Nichtleistungs- und Behinderungswettbewerbs geben und damit zu dem Ergebnis führen, daß die unbenutzten Zeichen in dem hier verstandenen Umfange einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG darstellen.

3. Die Frage der zeichenrechtlichen Zulässigkeit von Defensiv- und Vorratszeichen

In den beiden vorhergehenden Unterabschnitten wurde festgestellt, daß die Defensivzeichen und bestimmte Kategorien der Vorratszeichen wettbewerbswidrig sind, weil sie einmal die Freiheit des Wettbewerbs in unzulässiger Weise beeinträchtigen und weil sie zum anderen eine Form des Behinderungswettbewerbs darstellen. Dabei wurde zunächst völlig außer acht gelassen, ob und in welcher Weise sich aus dem WZG selbst eine Stellungnahme ergibt. Das Gesetz erwähnt die unbenutzten Zeichen mit keinem Wort. Es ist demnach eine Frage der Gesetzesauslegung, ob man

¹⁾ Baumbach, § 1 WZG, Anm.17

²⁾ § 1 WZG, Anm.17

die Defensiv- und Vorratszeichen nach dem WZG für zulässig halten will oder nicht.

a. Der Wortlaut des § 1 WZG setzt auf Seiten des Zeicheninhabers unmißverständlich den Willen voraus, daß das eingetragene Zeichen zur Unterscheidung von Waren des einen Unternehmens von denen eines anderen benutzt wird:

"Wer sich in seinem Geschäftsbetrieb zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren anderer eines Warenzeichens bedienen will, kann dieses Zeichen zur Eintragung in die Zeichenrolle anmelden."

Der Gebrauchswille ist demnach eine Voraussetzung für die Anmeldung eines Warenzeichens. Da die Defensivzeichen nach dem Willen des Zeicheninhabers aber nicht zum Gebrauch für die Unterscheidung von Waren bestimmt sind, sollte damit ihre Nichteintragbarkeit und, wenn sie einmal eingetragen sind, ihre Rechtsunwirksamkeit auf der Hand liegen. Das hat der BGH in seiner inzwischen allerdings wieder revidierten Entscheidung vom 3.7.1953¹⁾ auch ausgesprochen, indem er feststellte, daß das "Defensivzeichen nicht den Erfordernissen des § 1 WZG entspricht, da es nicht zur Kennzeichnung von Waren bestimmt ist und der Zeicheninhaber nicht einmal die Absicht hat, das Zeichen zu seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch zu verwenden." Mit dieser Auffassung sollt, wie Becher²⁾ zu Recht bemerkt, das Urteil über die Defensivzeichen bereits gefällt sein, "denn was nicht gesetzmäßig ist, ist unzulässig." Die klaren Äußerungen des BGH über die Unvereinbarkeit der Defensivzeichen mit § 1 WZG wurden in der "Dreitannen"-Entscheidung wieder verwischt, wo selbst in den Fällen, in denen ein "anzuerkennendes Schutzbedürfnis" nicht vorliegt, eine Beseitigung der Defensivzeichen, sei es von Amts wegen gem. § 10 WZG oder auf Antrag eines Dritten nach § 11 WZG, abgelehnt wurde:

"Zeichenrechtliche Lösungsgründe zur Beseitigung reiner Abwehrzeichen aus der Warenzeichenrolle sind nicht vorhanden. Soweit sich aus dem Nordona Urteil (BGHZ 10,211,214) eine andere Rechtsauf-

1) BGHZ 10,211=GRUR 1953,486 ("Nordona")

2) GRUR 1958,324

fassung ergeben sollte, wird daran nicht festgehalten." 1)

Damit steht das oberste Gericht wieder auf dem Standpunkt der gesetzlichen Zulässigkeit der Defensivzeichen. Die sehr kurz ausgefallene Begründung für die Eintragbarkeit von Defensivzeichen beruht auf der wenig zwingenden Überlegung, daß bei dem nach unserem Warenzeichenrecht fehlenden Benutzungszwang auch der fehlende Benutzungswille keinen Versagungsgrund für die Eintragung von Defensivzeichen darstellen könne. Diese Auffassung läßt sich meines Erachtens auf Grund des WZG nicht rechtfertigen. Der Wortlaut des Gesetzes, der den Benutzungswillen bei der Anmeldung voraussetzt ist eindeutig: "Wer sich zur Unterscheidung seiner Waren eines Warenzeichens bedienen will ... kann anmelden." Bei der Gesetzesauslegung ist zwar ebenso wie bei der Auslegung einer Willenserklärung gem. § 133 BGB nicht am Buchstaben zu haften, sondern "der wirkliche Wille (der wirkliche Sinn und Zweck des Gesetzes) zu erforschen;" 2) aber auch diese Gesetzesauslegung aus dem Sinnzusammenhang heraus vermag nicht zu dem Ergebnis zu führen, daß der Gebrauchswille bei der Anmeldung eines Warenzeichens nicht erforderlich sei. Selbst wenn man dem Gesetzgeber einen dahingehenden Willen unterstellen wollte, so wäre dieser nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen nur dann bindend, wenn der vom Wortlaut abweichende Wille im Gesetz in irgendeiner Weise einen Ausdruck gefunden hätte. 3) Das ist aber an keiner Stelle des Warenzeichengesetzes der Fall. Es läßt sich im Gegenteil aus § 11 Abs.1 Ziff.2 WZG der Schluß ziehen, daß ein Zeichen, das seine eigentliche Funktion der Warenkennzeichnung - hier wegen Nichtfortsetzung des Geschäftsbetriebs - nicht oder nicht mehr erfüllen kann, einer materiellen Grundlage entbehrt und daher zu löschen ist.

Selbst bei Berücksichtigung aller Auslegungsfreiheiten ist demnach § 1 WZG nicht dahin zu verstehen, daß auch Zeichen, die

1) BGH GRUR 1961, 37

2) RGZ 139, 112

3) RGZ ebenda; Ennecerus-Nipperdey, S.199 mit weiteren Nachweisen.

nicht zur Kennzeichnung von Waren Verwendung finden sollen, rechtswirksam einzutragen sind.¹⁾ Gegen diese Auffassung spricht auch nicht die Tatsache, daß gem. § 2 WZG die Erklärung des Benutzungswillens nicht zu den Anmeldevoraussetzungen gehört. Praktische Gesichtspunkte, nämlich die Schwierigkeit einer Nachprüfung subjektiver Merkmale, mögen dazu geführt haben, daß der Benutzungswille nicht zu einer formellen Eintragungsvoraussetzung erhoben, sondern in die Definition des Warenzeichens in § 1 WZG aufgenommen wurde. Zudem enthält § 2 Abs. 2 WZG eine Ermächtigung des Bundesjustizministers, sonstige Erfordernisse der Anmeldung durch Rechtsverordnung zu erlassen. Daraus ist zu entnehmen, daß die in § 2 Abs. 1 WZG enthaltenen Anmeldevoraussetzungen nicht als eine erschöpfende Aufzählung gedacht sind, sondern daß zusätzliche Erfordernisse aufgestellt werden können, wenn sich in der Praxis die Notwendigkeit dafür ergibt. Da der Benutzungswille nicht zu den vom Patentamt zu prüfenden Anmeldevoraussetzungen gehört, kann auch nicht gefolgert werden, daß durch die erfolgte Eintragung eines Zeichens der Mangel des Benutzungswillens geheilt werde. Schon nach den Regeln der Rechtslogik können durch die patentamtliche Eintragung nur solche Eintragungshindernisse geheilt werden, die das Patentamt nachprüfen und zum Anlaß nehmen kann, eine Eintragung zu versagen.²⁾ Nach dem Gesetzestext läßt sich demnach die Eintragung und der Fortbestand von Zeichen, für die ein Benutzungswille fehlt, nicht rechtfertigen.³⁾

Auch im Wege der ergänzenden oder analogen Rechtsfindung läßt sich die Zulässigkeit der Defensivzeichen nicht begründen.⁴⁾ Für eine Analogie ist schon deshalb kein Raum, weil es an der Voraussetzung einer Gesetzeslücke fehlt. Die Frage der Aner-

1) Becher, GRUR 1958, 325

2) Friedrich, Mitt. 1959, 276/277

3) So früher schon Kohler, S. 147; Osterrieth, GRUR 1920, 40 und Klauer, JW 1933, 1524, Fußnote 7. In neuerer Zeit vor allem Thiele, GRUR 1949, 268; Baumbach, § 1 WZG, Anm. 17; Becher, GRUR 1958, 324 ff.; Friedrich, Mitt. 1959, 275 ff.; Heydt, Mitt. Bl. 1957, 78; Völp, WuW 1959, 95 ff.

4) Zu dieser Methode der Rechtsfindung im einzelnen vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 207 ff.

kennung von Defensivzeichen läßt sich in eindeutiger Weise auf Grund der in § 1 WZG getroffenen Definition des Warenzeichens beantworten. Unter Warenzeichen, die des besonderen gesetzlichen Schutzes fähig sein sollen, sind demnach nur Zeichen zu verstehen, deren sich ein Unternehmer "zur Unterscheidung seiner Waren von den Waren anderer ... bedienen will." Wer ein Zeichen nicht zur Unterscheidung von Waren, sondern ausschließlich zur Abwehr von Warenzeichen anderer gebrauchen will, der soll eben nicht in den Genuß der besonderen Schutzvorschriften des Gesetzes kommen.

Da das Gesetz nicht zur Unterstützung der Defensivzeichen herangezogen werden kann, bleibt als letzte Rechtfertigungsmöglichkeit das Gewohnheitsrecht. Um eine Gewohnheitsrechtsbildung contra legem¹⁾ müßte es sich dabei handeln, da sich diese Zeichen nicht im gesetzessfreien Raum entwickelt haben, sondern unter Außerachtlassung eines in § 1 WZG genannten Wesensmerkmals für Warenzeichen.²⁾ Die Möglichkeit einer Gewohnheitsrechtsbildung im Widerspruch zu einer gesetzlichen Regelung wird in der Rechtsprechung³⁾ und der Wissenschaft⁴⁾ anerkannt. Die Voraussetzungen für die Anerkennung einer tatsächlichen Übung als Gewohnheitsrecht bedürfen in diesem Falle jedoch einer besonders sorgfältigen Überprüfung, da das Bestehen einer gesetzlichen Vorschrift naturgemäß ein gewisses Hindernis für die Herausbildung eines entgegengesetzten allgemeinen Geltungswillens darstellen muß.

Wesentliche Voraussetzung für die Bildung von Gewohnheitsrecht ist ein manifestierter allgemeiner Rechtsgeltungswille.⁵⁾ Dieser wird auf dem Gebiet des Privatrechts in vielen Fällen in Gestalt eines bestimmten Gerichtsgebrauchs in Erscheinung

1) Becher, GRUR 1958,327

2) Die Defensivzeichen sind, wie Heydt (Mitt.B.1957,78) sagt, "keine legitimen Kinder des Gesetzgebers, sondern illegitime Sprößlinge der Rechtsprechung."

3) OLG Hamburg NJW 1955,1685; OLG Braunschweig NJW 1955,355; BGH GRUR 1958,86

4) Vgl. statt vieler Enneccerus-Nipperdey, S.165

5) Über die Voraussetzungen im einzelnen vgl. Enneccerus-Nipperdey, S.159 ff.

treten. Insbesondere ist es die s.g. "ständige Rechtsprechung", die an der Bildung von Gewohnheitsrecht maßgebend beteiligt ist. Von einem richterlichen Gewohnheitsrecht kann man in diesen Fällen sprechen, wobei jedoch stets die allgemeinen Voraussetzungen für die Bildung von Gewohnheitsrecht vorliegen müssen.

Schon bei der ersten Voraussetzung, nämlich einer "dauernden Übung" beginnen bei den Defensivzeichen die Zweifel. Zwar ist die rechtliche Zulässigkeit von Abwehrzeichen weder vom Reichsgericht noch (von den inzwischen überholten Äußerungen im "Nordona"-Urteil abgesehen) vom Bundesgerichtshof jemals ausdrücklich verneint worden. In einer langen Kette von Entscheidungen von dem "Goldina"- über das "Kofra"- und "Grammofon"-Urteil bis hin zu der "Nordona"- und "Dreitannen"-Entscheidung hat jedoch die höchstgerichtliche Rechtsprechung ein wachsendes Unbehagen über die schrankenlose Zulassung von Defensivzeichen und deren Gleichstellung mit den benutzten Warenzeichen empfunden. Das fand seinen Ausdruck darin, daß die Gerichte immer neue Schranken für die Ausübung von Rechten aus Defensivzeichen aufstellten. Wenn man neben diesen zahlreichen Einschränkungen noch die vielfachen Bedenken berücksichtigt, die das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof in besonders gelagerten Fällen aus wettbewerbsrechtlichen Gründen gegen die Defensivzeichen geäußert haben, so muß die ganze Entwicklung zu der Frage drängen, wann wohl von der Rechtsprechung der letzte Schritt getan wird, der die gänzliche Abschaffung der Defensivzeichen zur Folge hat.¹⁾ Von einer dauernden Übung in Form einer ständigen und bestandigen Rechtsprechung kann nach alledem nur insoweit die Rede sein, als eine Gerichtspraxis besteht, die die Defensivzeichen, wenn auch mit einem immer kleiner werdenden Schutzbereich, für rechtlich zulässig hält.

Eine solche dauernde Übung, die die Defensivzeichen toleriert, vermag jedoch allein noch kein Gewohnheitsrecht zu begründen. Eine zweite Voraussetzung, die des allgemeinen Rechtsgeltungs-

¹⁾ Friedrich, Mitt. 1959, 277

willens muß hinzukommen. Es muß, wenn auch nicht bei jedermann, so doch in den beteiligten Verkehrskreisen, der Wille vorherrschen, eine bindende Regel zu verwirklichen.¹⁾ Daran fehlt es in bezug auf die Defensivzeichen. Der Anerkennung dieser Zeichen durch die Rechtsprechung steht vielmehr eine "nicht übersehbare Ablehnung"²⁾ gegenüber, so daß von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung nicht die Rede sein kann. Vor allem ist es die nie ganz verstummte und in den letzten Jahren wieder lebhafter gewordene Kritik von Seiten der Rechtswissenschaft, die dem Entstehen eines allgemeinen Rechtsgeltungswillens im Wege stand. Von Kohler³⁾ über Osterrieth⁴⁾, Klauer⁵⁾ und Baumbach⁶⁾ bis zu Thiele⁷⁾, Spieß⁸⁾, Wittenberg⁹⁾, Heydt¹⁰⁾, Becher¹¹⁾, Völz¹²⁾, und Friedrich¹³⁾ hat es nie an Stimmen gefehlt, die auf die Unzulässigkeit von Abwehrzeichen hingewiesen haben und für deren Beseitigung eingetreten sind. Die Gegenstimmen, die sich heute noch für die Defensivzeichen einsetzen, sind demgegenüber so in der Minderzahl,¹⁴⁾ daß von einer fast allgemeinen Ablehnung der Abwehrzeichen in der Literatur gesprochen werden kann. Dieser Umstand verbietet die Annahme eines allgemeinen Rechtsgeltungswillens. Wenn demnach die Abwehrzeichen auch in einer langen Rechtsprechungspraxis verwurzelt sind, so kann ihre Existenz mangels Rechtsüberzeugung in den beteiligten Verkehrskreisen dennoch nicht gewohnheitsrechtlich begründet werden.

b. Anders verhält es sich bei den Vorratszeichen, gegen die sich aus dem Warenzeichengesetz unmittelbar keine Stellungnahme herleiten läßt. Da bei diesen Zeichen der Be-

1) Lehmann, Allgem. Teil des BGB, S. 20

2) Becher, GRUR 1958, 326

3) S. 147

4) GRUR 1920, 40

5) JW 1933, 1524

6) § 1 WZG, Anm. 17

7) GRUR 1949, 268

8) Der Betrieb 1949, 417

9) S. 52

10) Mitt. Bl. 1954, 14; 1957, 78

11) GRUR 1958, 324 ff.

12) WuW 1959, 95 f.

13) Mitt. 1959, 275 und GRUR 1961, 38

14) Breme, GRUR 1950, 17 f.; Reimer in der letzten Aufl. des Komm. von 1954, S. 250 f.; teilweise auch Miosga, Mitt. 1960, 230; GRUR 1961, 266 ff.

nutzungswille nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, lassen sie sich noch unter die in § 1 WZG getroffene Definition subsumieren. Auch scheint der von der Rechtsprechung herausgearbeitete Gedanke der Entwicklungsbegünstigung zugunsten der Vorratszeichen zu sprechen. Gegenstand der folgenden Untersuchung sollen jedoch nicht die noch jungen Zeichen sein, denen das Warenzeichenrecht die Chance geben will, sich unter dem seit der Anmeldung gewährten Schutz im Verkehr durchzusetzen. Es geht vielmehr um jene Zeichen, denen das Gesetz schon viele Jahre hindurch auf der Basis eines unterstellten Gebrauchswillens Schutz gewährt hat, ohne daß der Zeicheninhaber die Chance genutzt hätte, dem bis dahin hohlem Zeichenrecht durch die Benutzung eine materielle Grundlage zu geben. Als echter Vorrat, der zur Befriedigung eines zu erwartenden Bedürfnisses bestimmt ist, können diese Zeichen nicht anerkannt werden. Sie sind nicht in erster Linie dazu bestimmt, der Unterscheidung von Waren zu dienen, sondern sie sollen für den Unternehmer eine stille Reserve darstellen. Als "Reservezeichen" könnten sie daher am besten bezeichnet werden, um das Fehlen einer konkreten, innerhalb einer absehbaren Zeit zu realisierenden Benutzungsabsicht auszudrücken, wie sie bei den echten Vorratszeichen vorhanden ist. Der Benutzungswille ist hier allenfalls in einer sehr generellen und bedingten Form vorhanden. Ob alle Bedingungen für die Zeichenbenutzung jemals eintreten werden, ist nicht nur ungewiß - das ist bis zu einem gewissen Grade auch bei den echten Vorratszeichen der Fall - , sondern auf Grund der jahrelangen Nichtbenutzung besteht eine Vermutung dafür, daß der Unternehmer mit der Eintragung dieser Zeichen über das notwendige Bedürfnis hinausgegangen ist und daß auch in Zukunft eine warenzeichenmäßige Verwendung nicht stattfinden wird.

Die Frage der zeichenrechtlichen Zulässigkeit von solchen "Reservezeichen" kann auf Grund des Warenzeichengesetzes nicht erschöpfend beantwortet werden. Der immerhin noch vorhandene, wenn auch sehr schwache Benutzungswille, verschafft diesen Zeichen nach dem Buchstaben des Gesetzes eine gewisse

Deckung. Es würde jedoch einen Rückfall in die Methoden der Begriffsjurisprudenz bedeuten, wollte man sich mit einer solchen formalen Rechtfertigung begnügen. Es gilt vielmehr, den Gesetzeszweck zu berücksichtigen und die Frage zu beantworten, ob es auf Grund einer zweckentsprechenden Auslegung des Warenzeichengesetzes gerechtfertigt ist, Ausschlußrechte auch für solche Zeichen aufrechtzuerhalten, deren Verwendung zur Kennzeichnung von Waren in hohem Grade ungewiß ist.

Nach dem Gesetzeszweck verdienen solche Zeichen keinen Schutz, weil sie nicht dem Ansporn einer unternehmerischen Leistung zum allgemeinen Nutzen dienen, sondern weil sie in erster Linie eine Arbeits- und Risikoerleichterung für den Unternehmer darstellen. Dagegen wäre dann nichts einzuwenden, wenn durch die Vorratshaltung des einen Wettbewerbers die Mitbewerber nicht berührt würden. Das ist aber gerade nicht der Fall, da sich gezeigt hat, daß die große Zahl der unbenutzten Zeichen, unter denen die "Reservezeichen" einen erheblichen Anteil stellen, bei der Auswahl neuer Kennzeichen sehr hinderlich sind. Wenn man hier Ernst machen will mit dem Satz von der Zugehörigkeit des Warenzeichenrechts zum Wettbewerbsrecht, so muß eine Abwägung stattfinden zwischen den Interessen der Neuanmelder und den Benutzern jüngerer aber nicht eingetragener Zeichen auf der einen und den Inhabern von "Reservezeichen" auf der anderen Seite.

Die meisten ausländischen Rechtsordnungen haben diesen Interessenkonflikt gesetzlich dahin gelöst, daß der Schutz von Warenzeichen automatisch erlischt, wenn das Zeichen nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums benutzt wird. Da nach dem deutschen Warenzeichengesetz ein Benutzungszwang in diesem Sinne nicht besteht, war es der Rechtsprechung überlassen, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die Vorratszeichen den Schutz des Warenzeichengesetzes genießen sollen. Die im einzelnen nicht ganz einheitliche Judikatur läßt erkennen, daß die Gerichte bisher nicht geneigt sind, den Interessenkonflikt zwischen Inhabern von "Reservezeichen" und den Interessenten an neuen Kennzeichen auf generelle Weise dahin zu

lösen, daß ein schutzwürdiges Interesse nicht mehr anzuerkennen ist, wenn für ein Zeichen durch langen Zeitablauf der ernstliche Benutzungswille seine Glaubwürdigkeit verloren hat. Bei wettbewerbsgemäßer Auslegung des Warenzeichengesetzes muß jedoch die Entscheidung dahin lauten, daß den Vorratszeichen, die einen angemessenen Zeitraum ungenutzt in der Rolle gestanden haben, stets der Schutz zu versagen ist. Für diese Zeichen müßte das von der Rechtsprechung verlangte schützenswerte Interesse im Regelfall verneint werden, da sie über das anzuerkennende Bedürfnis der Zeicheninhaber hinausgehen und eine durch den Gesetzeszweck nicht gedeckte Einschränkung der Mitbewerber zur Folge haben.¹⁾ So wurde schon in der "Fex"/"Fix"-Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1925²⁾ der Sache nach zwischen den (zulässigen) echten Vorratszeichen und jener Kategorie von Vorratszeichen unterschieden, die hier als "Reservezeichen" gekennzeichnet werden:

"Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuweisen behufs Prüfung und Entscheidung der Frage, ob die Klägerin durch die Anmeldung des Wortzeichens "Fex", falls es sich etwa um ein Vorratszeichen handeln sollte, über ein anzuerkennendes schutzwürdiges Bedürfnis hinausgegangen ist, oder ob die Beschlagnahme dieses Zeichens seitens der Klägerin durch die vorsorgliche Eintragung auf Vorrat ihrem notwendigen Bedürfnis entsprochen hat. Im ersteren Falle läge in der Eintragung eine unzulässige Beschlagnahme von jedermann zugänglichen Warenzeichen durch die Klägerin und eine übermäßige Beeinträchtigung der Ausübung des freien Wettbewerbs Dritter. In diesem Falle wäre der Zeichenschutz für "Fex" nicht mehr wirksam."

Das hier genannte "notwendige Bedürfnis" bietet meines Erachtens ein brauchbares Kriterium für die Unterscheidung zwischen zu-

1) Auch Miosga, der bisher stets nur in sehr gemäßigter Form den unbenutzten Zeichen entgegentrat, setzt sich neuerdings (MA 1961, 986) dafür ein, daß die vom BGH im "Dreitannen"-Urteil ausgesprochenen Grundsätze auch bei der Beurteilung des Bedürfnisses an der Aufrechterhaltung von Vorratszeichen stärkere Berücksichtigung finden. "Auch hier erheischt die tatsächliche Situation eine Fortentwicklung der einschlägigen Rechtsprechung, die nur dahin gehen kann, das Interesse an dem benutzten Zeichenbesitz und den Schutzrechten, die alsbald zur Benutzung benötigt werden, stärker zu berücksichtigen als das Bedürfnis nach Vorratszeichen."

2) GRUR 1926, 77

lässigen und unzulässigen Vorratszeichen: Soweit sie einem notwendigen Bedürfnis entsprechen, müssen sie nach einer interessengemäßen Auslegung des Warenzeichengesetzes für zulässig gehalten werden; im anderen Falle sind sie unzulässig. Im Interesse der Rechtssicherheit ist jedoch bei der Prüfung der Bedürfnisfrage nicht auf die konkreten Verhältnisse in dem einzelnen Betrieb, sondern allein auf den Zeitraum abzustellen, während dessen ein Vorratszeichen ungenutzt geblieben ist.

Als Zeitraum, der dem Vorratszeicheninhaber zur Verwirklichung des Benutzungswillens zugestanden werden könnte, käme die im Zusammenhang mit der Prüfung der Bedürfnisfrage schon erwähnte 10-Jahresfrist in Betracht. Für Vorratszeichen, die älter als 10 Jahre sind, ist, wie oben¹⁾ festgestellt wurde, kein schutzwürdiges Bedürfnis mehr vorhanden. Man muß dem Wortlaut des Warenzeichengesetzes auch keine Gewalt antun, wenn die Vorratszeichen 10 Jahre nach erfolgter Anmeldung nicht mehr geschützt werden. § 1 WZG spricht ja von dem Willen des Zeichenanmelders, das angemeldete Zeichen für die Unterscheidung seiner Waren zu benutzen. Bei unvoreingenommener Auslegung dieser Grundvorschrift müßte es an sich klar sein, daß der geforderte Benutzungswille auch zu irgendeiner Zeit einmal verwirklicht werden muß.²⁾ Lediglich über die Zeitspanne, innerhalb welcher die Benutzung zu erfolgen hat, läßt sich aus dem Gesetz nichts entnehmen, so daß es gilt, insoweit eine interessengemäße Lösung zu finden, die bei Anerkennung des echten Bedürfnisses nach Vorratszeichen doch den Erwerb neuen Kennzeichnungsschutzes nicht über das unumgängliche Maß hinaus erschwert.

Für die Unzulässigkeit der überalterten Vorratszeichen spricht auch ein weiterer praktischer Gesichtspunkt. Die Unzulässigkeit der Defensivzeichen könnte leicht dadurch umgangen werden, daß der Zeicheninhaber bei einem Zeichen, das in der Hauptsache Defensivzwecken dient, auch den Vorratscharakter hervorhebt. Es

1) Unter V 1 b

2) So auch v. Kreisler, GRUR 1954, 434. Auch das RG hat in RGZ 101, 372, 374 in Zusammenhang mit Vorratswaren davon gesprochen, daß diese nur zulässig seien, wenn die Absicht, die eingetragenen Waren zu führen, in "angemessener Zeit" verwirklicht werde.

wäre daher wenig sinnvoll, die Defensivzeichen ganz abschaffen zu wollen und die Vorratszeichen auf unbegrenzte Dauer zuzulassen. Es gibt sowohl Fälle, in denen ein Zeichen gleichzeitig Defensiv- und Vorratszwecken dient als auch solche, in denen bald der eine und bald der andere Zweck in den Vordergrund tritt. In vielen Fällen würde eine Partei, die sich ihrer Meinung nach dem Widerspruch aus einem Defensivzeichen gegenüber sieht, in einen Beweisnotstand geraten, wenn die andere Partei behauptet, es handle sich um ein Vorratszeichen. Zwar werden immer, solange Vorratszeichen überhaupt noch zugelassen werden, Defensivzeichen unter Vorschiebung der Vorratszeicheneigenschaft noch zur Geltung kommen. Wenn aber die Vorratszeichen nach Ablauf einer bestimmten Anzahl von Jahren rechtsunwirksam erklärt werden, so würde eine Erleichterung der Zeichenrolle wenigstens insofern eintreten, als sämtliche unbenutzten Zeichen, welchen Charakter sie auch haben mögen, nach dieser Frist wieder aus der Rolle entfernt werden könnten.

Zusammenfassend läßt sich demnach über die zeichenrechtliche Zulässigkeit von Defensiv- und Vorratszeichen folgendes sagen: Die Defensivzeichen stellen einen klaren Gesetzesverstoß dar und sind daher unzulässig. Die Vorratszeichen sind bei einer wettbewerbsgerechten Auslegung des Warenzeichengesetzes insoweit unzulässig, als eine angemessene Frist seit erfolgter Anmeldung verstrichen ist, innerhalb welcher der Zeicheninhaber sich darüber hätte klar werden können, ob er für sein Vorratszeichen für den vom Gesetz vorgesehenen Zweck Verwendung hat oder nicht.

VI. Lösungsmöglichkeiten

Die rechtliche Unzulässigkeit der Defensivzeichen und gewisser Kategorien der Vorratszeichen drängt zu der Frage, was mit diesen rechtswidrigen Zeichen geschehen soll, die heute noch in großer

Zahl eingetragen sind und die in der täglichen Praxis des Patentamts sowohl im Eintragungs- als auch im Widerspruchsverfahren eine große Rolle spielen.

1. De lege lata

Es ist verschiedentlich die Meinung geäußert worden, das Problem der Defensiv- und Vorratszeichen lasse sich nicht ohne einen Eingriff des Gesetzgebers lösen.¹⁾ Eine so starke Schwenkung, wie sie die Abschaffung der unbenutzten Zeichen bedeute, könne der Rechtsprechung nicht zugemutet werden und liege außerhalb der Grenzen, "die der richterlichen Funktion in der Neuwertung gesetzt sind."²⁾ Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Es geht nicht darum, daß von der Rechtsprechung ein volliger Bruch in bezug auf die unbenutzten Zeichen gefordert wird und eine Schwenkung um 180 Grad. Rechtsprechung und Gesetzgebung sollten vielmehr gemeinsam an die Lösung des Problems herangehen, wobei den Gerichten die wichtige Aufgabe einer wegbereitenden Tätigkeit zufiele. Bedeutende Schritte sind in Richtung auf eine Eindämmung der unbenutzten Zeichen bereits getan. Die Funktion, die auf Grund des "Dreitannen"-Urteils den Defensivzeichen noch zukommt, ist so eingeschränkt, daß sich in den meisten Fällen die Eintragung und Aufrechterhaltung solcher Zeichen kaum noch lohnen dürfte.³⁾ Die Vorratszeichen haben ebenfalls wesentliche Einschränkungen erfahren, indem sie nur noch zur Wirkung kommen können, wenn der Zeicheninhaber in der Lage ist, ein schutzwürdiges Bedürfnis einwandfrei nachzuweisen. Damit ist jedoch noch nicht alles getan, was ohne Gefährdung der Rechtssicherheit und der Wirtschaftsordnung zu tun möglich ist.

a. Die Defensivzeichen, für die ein echtes Bedürfnis nicht vorhanden ist, könnten ohne Beeinträchtigung schützens-

1) So schon Ulmer, S.22 Anm.1 und Klauer, JW 1933,1525. In neuerer Zeit hinsichtlich der Vorratszeichen BGH GRUR 1957, 224; v.Kreisler, GRUR 1954,439 und Richter, Groß und Kuhbier in GRUR 1955,81 f.

2) Ulmer, S.22 3) Becher spricht davon, daß die Rechtsprechung die Defensivzeichen "langsam sterben läßt", GRUR 1958,329.

werter Interessen gänzlich beseitigt werden. Dazu bedarf es keiner Gesetzesänderung, sondern es wurde sich nur darum handeln, "dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes gegenüber der nachsichtigen Praxis der letzten Jahrzehnte wieder die gebührende Beachtung zu verschaffen."¹⁾ Die Funktion der Entwicklungshilfe, die der BGH den Defensivzeichen in bezug auf noch junge Hauptzeichen beimißt, ließe sich, wie oben dargestellt, unschwer auf die jungen Zeichen selbst übertragen, indem ihnen schon während der Einführungszeit der Schutzzumfang zugebilligt wird, den sie nach Erreichung der normalen Verkehrseinführung haben würden.²⁾ Wenn demnach aus einem Defensivzeichen, sei es vor den Gerichten oder vor dem Patentamt, Rechte hergeleitet werden, so wäre von Amts wegen jeder Schutz zu versagen. Zu der Schutzversagung müßte logischerweise eine von Amts wegen erfolgende Löschung hinzukommen, die ohne Schwierigkeiten mit § 10 Abs.2 Ziff.1 WZG zu begründen wäre. Eine sich in dieser Richtung entwickelnde Praxis würde nicht nur die Neuanmeldung von reinen Defensivzeichen weitgehend verhindern, sondern die Behinderung beim Erwerb neuen Kennzeichnungsschutzes durch Defensivzeichen würde sicherlich in einem spürbaren Maße entfallen.³⁾

Es könnte auch schon im patentamtlichen Eintragungsverfahren versucht werden, die Defensivzeichen möglichst fernzuhalten. § 2 Abs.2 WZG eröffnet die Möglichkeit des Erlasses einer Rechtsverordnung durch den Bundesjustizminister, daß künftig

1) Friedrich, Mitt. 1959, 277

2) Vgl. oben unter V 1 a

3) Selbstverständlich wird es für die in Anspruch genommene Partei in vielen Fällen nicht leicht sein, die Defensivzeicheneigenschaft des widerspruchs- oder klagezeichens nachzuweisen. In bestimmten Fällen ergeben schon die Umstände starke Anhaltspunkte dafür, daß es sich um ein Defensivzeichen handelt (z.B. bei den Zeichen "Mersil" und "Perzil" neben "Persil"). Auch geben die Firmen bei der Anmeldung von Abwehrzeichen häufig Erklärungen ab, in denen sie sich den Inhabern von Widerspruchszeichen gegenüber verpflichten, das angemeldete Zeichen nur für Defensivzwecke zu verwenden. Solche Erklärungen könnten zum Beweis der Defensivzeicheneigenschaft herangezogen werden.

jeder Zeichenanmeldung eine Erklärung - möglicherweise in eidesstattlicher Form - über die bestehende Benutzungsabsicht beizufügen sei.¹⁾ Dieses Verfahren der Abgabe von Erklärungen über die Zeichenbenutzung oder Benutzungsabsicht wird bereits in einigen Staaten praktiziert²⁾ und es kann wohl nicht behauptet werden, daß es in Deutschland die Warenzeichenanmelder mangels Nachprüfbarkeit ihrer Absicht mit der Wahrheitsgemäßheit ihrer Erklärungen weniger ernst nehmen werden als anderswo. Es wurde freilich bereits darauf hingewiesen, daß bei der Anmeldung zahlreicher Zeichen, die in erster Linie zu Abwehrzwecken gedacht sind, auch der Gedanke einer eventuellen Benutzung zu Kennzeichnungszwecken mitspielen wird. Wenn auch in diesen Fällen nicht gezögert werden dürfte, eine Erklärung über die - zwar nur in sehr bedingter Form, aber dennoch bestehende - Benutzungsabsicht abzugeben, so wäre damit jedoch das dem Gesetz zugrunde liegende Prinzip des Benutzungswillens jedem Zeichenanmelder deutlich vor Augen geführt und das wiederum könnte auch die Rechtsprechung dazu ermutigen, in eindringlicherer Weise als bisher auf die Durchsetzung dieses Prinzips zu achten.

b. Bei den Vorratszeichen geht es darum, daß in der Rechtsprechung allgemeingültige Grundsätze entwickelt werden, die es gestatten, die lediglich als "Reserve" eingetragenen Zeichen von den Vorratszeichen zu unterscheiden, für die ein echtes Bedürfnis besteht. Wie oben festgestellt wurde, ist für Vorratszeichen, die 10 Jahre nach erfolgter Anmeldung noch nicht in Benutzung genommen worden sind, ein schutzwürdiges Bedürfnis nicht mehr anzuerkennen. Sie stellen nach Ablauf dieser Frist vielmehr eine unzulässige Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs dar. Die sich daraus ergebende Folge wäre die, daß nach Ablauf der 10-Jahresfrist den Vorratszeichen ausnahmslos

1) Es handelt sich hierbei insofern um eine de lege lata bestehende Möglichkeit, als zur Durchführung dieser Maßnahme ein Gesetz im formellen Sinne nicht erforderlich ist.

2) So z.B. in Kanada, U.S.A., Indien, Philippinen, Haiti, Venezuela und Puerto Rico.

der Schutz zu versagen wäre und sie einer Löschung anheimfallen müßten. Das wäre in der Tat ein zu starker Bruch gegenüber der bisherigen Praxis, der weder der Rechtsprechung noch den betroffenen Zeicheninhabern zuzumuten wäre. Zu fordern ist allerdings, daß die Frist, nach deren Ablauf ein Vorratszeicheninhaber für den Nachweis des schutzwürdigen Interesses beweispflichtig wird, wesentlich kürzer bemessen wird als bisher. Die 10-Jahresfrist, die zudem mit der jeweiligen Schutzfrist von Warenzeichen zusammenfällt, könnte als die äußerste Grenze des Zeitraums angesehen werden, innerhalb dessen sich ein Vorratszeicheninhaber darüber klar werden könnte, ob er für sein Zeichen Verwendung hat oder nicht. Ist ein Zeichen bereits einmal erneuert worden, ohne daß es zu Kennzeichnungszwecken verwendet worden ist, so dürfte die Rechtsbeständigkeit nur noch unter ganz besonderen, vom Vorratszeicheninhaber zu beweisenden Umständen bejaht werden.¹⁾ Gelingt dieser Beweis nicht, so wäre das Zeichen auf Antrag zu löschen. Als Rechtsgrundlage käme nicht wie bei den Defensivzeichen § 10 Abs.2 Ziff.2, sondern § 11 Abs.1 Ziff.2 ZG in entsprechender Anwendung in Betracht. Diese Vorschrift ist nach allgemeiner Meinung nicht nur bei Nichtfortsetzung des Geschäftsbetriebes, sondern auch dann anzuwenden, wenn die Waren, für die das Zeichen laut Eintragung bestimmt ist, nicht mehr geführt werden.²⁾ Der zugrundeliegende Gedanke ist der, daß ein Zeichen, dessen Benutzung für die eingetragenen Waren nicht mehr wahrscheinlich ist, nicht weiter den Mitbewerbern entgegengehalten werden und die Rolle blockieren soll. Ganz ähnlich liegt es bei den mehr als 10 Jahre nicht benutzten Vorratszeichen. Wenn bei der Anmeldung wirklich ein

1) Einen guten Beispielfall bildet in diesem Zusammenhang das Urteil des LG Düsseldorf vom 8.4.1952 (GRUR 1953, 179), wo mit guten Gründen das Rechtsschutzinteresse für ein Vorratszeichen trotz nahezu 20-jähriger Nichtbenutzung anerkannt wurde. Im Gegensatz hierzu begnügte sich der BGH in GRUR 1953, 486 hinsichtlich des 14 Jahre lang nicht mehr benutzten Zeichens "Nordona" mit der bloß negativen Feststellung, daß "Anhaltspunkte dafür, daß ohne Vorliegen eines aus der Eigenschaft als Vorratszeichen sich ergebenden schutzwürdigen Interesses lediglich eine unangemessene Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs verfolgt werde," nicht ersichtlich seien.

2) Vgl. Baumbach, § 11 WZG, Anm.14

ernstlicher Benutzungswille vorlag und dieser innerhalb von 10 Jahren nicht verwirklicht wurde, so kann daraus nur der Schluß gezogen werden, daß der Zeicheninhaber sein Bedürfnis an Warenzeichen überschätzt hat und für die weitere Aufrechterhaltung des Zeichens kein Grund mehr besteht.¹⁾ Daß unter Umständen eine spätere Verwendung des Zeichens noch in Betracht kommt, wäre ebensowenig zu berücksichtigen, wie die bei § 11 Abs.1 Ziff.2 WZG bestehende Möglichkeit der Wiederaufnahme der nicht mehr geführten Waren.²⁾

Die Fälle, in denen für Vorratszeichen, die älter als 10 Jahre sind, noch ein Rechtsschutzinteresse anerkannt wird, müßten auf solche beschränkt werden, bei denen die Nichtbenutzung auf Umständen beruht, die außerhalb des Einflußbereiches des Zeicheninhabers liegen und die für ihn nicht vorhersehbar sind (Rohstoffmangel, behördliche Beschränkungen, Krieg). Nicht dagegen dürften Erwägungen in der Art des "Odorex"-Urteils zum Zuge kommen, nach denen trotz langen Zeitablaufs die Schutzwürdigkeit von Vorratszeichen noch anzuerkennen ist, wenn Art und Größe des Betriebes, die Art und der Umfang der vorhandenen Vorratszeichen dies rechtfertigen. Bei all diesen Faktoren handelt es sich um innerbetriebliche Dinge, die von dem Zeicheninhaber überschaubar sind und auf die er sich einstellen kann. Eine Berücksichtigung solcher Umstände zur Begründung eines Rechtsschutzbedürfnisses für "überalterte" Vorratszeichen würde auf eine Belohnung des Unternehmers hinauslaufen, der seine geschäftliche Entwicklung in bezug auf den künftigen Zeichenbedarf weniger zutreffend beurteilt hat als derjenige, der

1) Ähnlich auch ein Beschluß der Spruchstelle für die Löschung von Warenzeichen des Amtes für Erfindungs- und Vorschlagswesen der DDR vom 19.8.1957 (Mitt.1961,143): "Da ein Vorratszeichen für eine künftige warenzeichenmäßige Benutzung bestimmt ist, muß bei der Eintragung angenommen werden, daß der Zeicheninhaber den ernstlichen Willen zur Benutzung des Zeichens hat und er diesen Benutzungswillen auch in angemessener Zeit verwirklicht. Die Benutzung des Zeichens ist also nicht zur Begründung aber zur Erhaltung des Zeichenschutzes erforderlich."

2) Ähnlich auch Baumbach, der in dem ständigen Hinweis der Rechtsprechung auf den nichtbestehenden Benutzungszwang einen "sonderbaren Gegensatz zur Fesselung des Zeichens an bestimmte Waren" sieht (§ 1 WZG, Anm.16).

sich mit seinen Vorratszeichen im Rahmen des tatsächlichen Bedarfs gehalten hat. Dieser müßte nämlich, wenn er neuer Zeichen bedarf, den beschwerlichen Weg von Neuansmeldungen gehen, während jener, dessen Bestand an Vorratszeichen den wirklichen Bedarf überschritten hat, auf seine "Reservezeichen" zurückgreifen kann. Es würde sich demnach nicht lohnen, die Anmeldung von Vorratszeichen möglichst genau mit dem zu erwartenden Bedarf abzustimmen, sondern die Betriebe, die des öfteren auf neue Zeichen angewiesen sind, könnten es sich nur angeraten sein lassen, stets über einen Vorrat zu verfügen, der über das in absehbarer Zeit zu erwartende Bedürfnis hinausgeht. Damit würde sich aber die Entwicklung wieder von dem angestrebten Ziel der Beschränkung der Vorratszeichen auf das echte Bedürfnis entfernen.

Eine zahlenmäßige Beschränkung der einem Unternehmen zuzubilligenden Vorratszeichen scheint im Gegensatz zu der zeitlichen Begrenzung nicht durchführbar.¹⁾ Es wäre zwar theoretisch denkbar, einem Zeichenanmelder, der bereits über eine bestimmte Anzahl unbenutzter Zeichen verfügt, die Eintragung weiterer Vorratszeichen aus wettbewerbsrechtlichen Gründen zu versagen, wenn die Anzahl der unbenutzten Zeichen ein bestimmtes Verhältnis zu den benutzten Zeichen bereits übersteigt, so daß neuer Zeichenschutz nur nach vorgängiger Löschung von alten Zeichen erworben werden könnte. Abgesehen davon, daß in jeder Branche und darüberhinaus in jedem Betrieb ein anderes Verhältnis zwischen benutzten und unbenutzten Zeichen als angemessen zu betrachten wäre, würde eine Überprüfung der bereits vorhandenen benutzten und unbenutzten einen übermäßigen Aufwand erfordern, der durch den möglicherweise zu erzielenden Erfolg der Beschränkung der Vorratszeichen nicht gerechtfertigt wäre.

Auch der verschiedentlich zur Diskussion gestellte Gesichtspunkt einer Gebührenerhöhung dürfte kaum geeignet sein, die Eintragung von Vorratszeichen über das vernünftigerweise zu erwartende Bedürfnis hinaus zu verhindern. kapitalkräftige Firmen- und diese sind es in der Hauptsache, die sich stets einen größeren Zeichen-vorrat halten - werden, solange sie von der Nützlichkeit der

¹⁾ Für eine Beschränkung der Vorratszeichen in dieser Richtung hat sich Kubbier in GRUR 1955,82 ausgesprochen.

Vorratszeichen überzeugt sind, auch dann nicht von der Vorratshaltung abgehen, wenn die zur Zeit geltenden Gebühren erhöht würden.¹⁾ Eine übermäßige Erhöhung der Gebührensätze käme ohnehin nicht in Betracht, da das für die Anmelder, die ein Zeichen wirklich zur Kennzeichnung von Waren benötigen, eine unbillige Härte bedeuten würde und das Patentamt sich auch nicht dem Vorwurf aussetzen kann, es würde bei der Registrierung von Warenzeichen nicht nach dem sonst in der staatlichen Verwaltung geltenden Prinzip der Kostendeckung arbeiten.

2. De lege ferenda

Das Problem der unbenutzten Zeichen kann nicht durch die Rechtsprechung allein bewältigt werden. Da die Gerichte einer durchschlagenden Einwirkung von außen entzogen sind, könnte einmal die Entwicklung nur sehr langsam vorwärts schreiten. Selbst wenn sich im Laufe der Zeit eine herrschende Rechtsprechung herausbilden sollte, die die Defensivzeichen für schlechthin unzulässig hält und den Vorratszeichen nur noch für eine begrenzte Zeit Schutz gewährt, so wären doch jederzeit wieder Änderungen denkbar und auch nicht alle Gerichte beugen sich stets der herrschenden Auffassung.

a. Hinsichtlich der Defensivzeichen, bei denen die gesetzliche Unzulässigkeit verhältnismäßig klar auf der Hand liegt, wäre die Heranbildung einer einheitlichen Rechtsprechung auch ohne eine Gesetzesänderung immerhin denkbar. Eine in dem vorgeschlagenen Sinne zu erlassende Rechtsverordnung, auf Grund der schon bei der Zeichenanmeldung eine Erklärung über die Benutzungsabsicht gefordert wird, würde zudem als weiterer rechtlicher Gesichtspunkt für die Bekämpfung der Defensivzeichen ins Gewicht fallen. Es wäre jedoch de lege ferenda zu erörtern, ob es nicht zweckmäßiger ist, die Erklärung über die bestehende Benutzungsabsicht unter die in § 2 WZG genannten Voraussetzungen der Zeichenanmeldung aufzunehmen. Schon aus Gründen der gesetzlichen Klarheit empfiehlt es sich, alle wesentlichen Anmeldevoraussetzungen in das Gesetz selbst aufzunehmen und nur die

1) Vgl. Wittenberg, S.71

nähere Ausgestaltung der einzelnen Erfordernisse dem Weg der Rechtsverordnung zu überlassen. Es wird daher eine Änderung des § 2 WZG dahin vorgeschlagen, daß in Abs.¹ nach Satz 3 noch folgender Satz eingefügt wird:

"Mit dem Antrag auf Eintragung eines Zeichens ist ferner eine Erklärung darüber einzureichen, daß die Benutzung des angemeldeten Zeichens zu dem in § 1 genannten Zweck beabsichtigt ist."

In Absatz 2 wird folgende Ergänzung vorgeschlagen (die neu einzufügenden Worte sind unterstrichen):

"Der Bundesminister der Justiz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung Bestimmungen über Form und Inhalt der in Absatz 1 genannten Erklärung sowie über die sonstigen Erfordernisse der Anmeldung zu erlassen. Er kann diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf den Präsidenten des Patentamts übertragen.

b. Anders als bei den Defensivzeichen, deren Abschaffung auch ohne einen Eingriff des Gesetzgebers denkbar erscheint, ist nicht zu erwarten, daß das Problem der Vorratszeichen allein durch die Rechtsprechung in befriedigender Weise gelöst werden kann. Einmal sind hier die in der Literatur vertretenen Auffassungen sehr geteilt und es wird vielfach die Meinung vertreten, daß Vorratszeichen, selbst wenn sie lange Zeit hindurch nicht benutzt wurden, de lege lata nicht angreifbar sind. Zum anderen dürfte kaum damit zu rechnen sein, daß die Gerichte in allen Fällen die Frage einheitlich beurteilen werden, von welchem Zeitpunkt ab ein schutzwürdiges Bedürfnis nicht mehr anzuerkennen und eine unzulässige Einschränkung des freien Wettbewerbs anzunehmen ist. Die oben erwähnte 10-Jahresfrist könnte zwar eine ungefähre Richtschnur bilden; auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalls wäre aber stets mit mehr oder minder großen Abweichungen zu rechnen. Das aber hätte zur Folge, daß ein Zeicheninhaber, der ein Vorratszeichen etwa 10 Jahre lang nicht benutzt hat, nicht mit Bestimmtheit sagen könnte, ob die Schutzwürdigkeit seines Zeichens im Streitfalle noch bejaht wird oder nicht und ob sich demnach eine Verlängerung überhaupt noch lohnt. Es könnte so eine Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Voraussetzungen für die Schutzwürdigkeit von Vorratszeichen entstehen. Das zu vermeiden ist aber gerade auf

dem Gebiet des Warenzeichenrechts von besonderer Bedeutung, da - wie Wassermann¹⁾ zutreffend sagt - der Kaufmann sich auf alles einstellen kann, nur nicht auf Rechtsunsicherheit. Es ist daher an eine gesetzliche Regelung zu denken, die Klarheit darüber verschafft, wie lange ein Zeichen unbenutzt in der Rolle stehen und den Schutz des Warenzeichengesetzes genießen kann.

Von dem Gedanken ausgehend, daß für Warenzeichen, die 10 Jahre lang nicht benutzt wurden, kein schutzwürdiges Bedürfnis mehr anzuerkennen ist, wäre eine Gesetzesänderung dahin anzustreben, daß eine Zeichenverlängerung nach § 9 WZG nur dann gewährt wird, wenn innerhalb der 10 Jahre nach erfolgter Anmeldung, bzw. nach einer bereits erfolgten Verlängerung, das Zeichen zu dem vom Gesetz vorgesehenen Zweck benutzt wurde. Um dies zu erreichen haben v. Kreisler-Rupprecht²⁾ den Vorschlag gemacht, die Verlängerung von der Erbringung eines Benutzungsnachweises bzw. dem Nachweis abhängig zu machen, daß die Benutzung aus Gründen unterblieben ist, die der Zeicheninhaber nicht zu vertreten hat. Eine solche Regelung würde zwar eine verhältnismäßig sichere Gewähr dafür bieten, daß die Verlängerung von Zeichen, die lediglich auf Reserve eingetragen wurden, unterbleibt. Andererseits wäre dadurch eine nicht unerhebliche Mehrbelastung des Patentamts zu besorgen und eine gewisse Schwerfälligkeit des Verfahrens. Das Erfordernis eines Benutzungsnachweises wäre nämlich nur dann sinnvoll, wenn nicht jede Benutzung eines Warenzeichens schlechthin zu einer Verlängerung der Schutzfrist berechtigen würde, sondern nur eine echte Benutzung zu Kennzeichnungszwecken. Das wiederum würde eine Überprüfung in jedem einzelnen Falle erforderlich machen, ob die von dem Zeicheninhaber behauptete Benutzung die Erfordernisse für eine Zeichenverlängerung erfüllt. Um dies zu vermeiden erscheint es zweckmäßiger, bei der Verlängerung von dem Zeicheninhaber - ähnlich dem nordamerikanischen affidavit of use - lediglich eine Erklärung darüber zu verlangen, ob das zu verlängernde Zeichen zu dem in § 1 WZG bezeichneten Zweck benutzt wurde.³⁾ Der Benutzungsnachweis wäre

1) J# 1927, 1156, Note 3A

2) GRUR 1954, 439

3) Für diese Lösung hat sich auch Heydt eingesetzt in GRUR 1955, 81.

also durch eine beim Patentamt einzureichende Erklärung zu erbringen, über deren Form und Inhalt der Bundesminister der Justiz zu ermächtigen wäre, nähere Bestimmungen im Wege der Rechtsverordnung zu erlassen. Nur für den Fall, daß ein Zeichen in den der Verlängerung vorausgehenden 10 Jahren nicht benutzt wurde, wäre der Nachweis zu verlangen, daß die Nichtbenutzung auf Umständen beruht, die der Zeicheninhaber nicht zu vertreten hat. Dadurch wäre nicht nur dem Patentamt eine starke zusätzliche Arbeitsbelastung erspart, sondern es würde sich auch die Zeichenverlängerung im Regelfalle zügig abwickeln lassen. Selbst in Fällen, in denen eine Benutzungserklärung wahrheitswidrig abgegeben worden ist, ließe sich eine Korrekturmöglichkeit dadurch schaffen, daß jeder Interessierte, wenn die Verlängerung zu Unrecht erfolgt ist, die Löschung des Zeichens verlangen könnte. Dadurch entfielen weitgehend die Störwirkung der unrechtmäßig verlängerten Zeichen, zumal auch ein Zeicheninhaber, sofern er nicht die Benutzung inzwischen aufgenommen hat, sich davor hüten wird, aus einem zu Unrecht in der Rolle stehenden Zeichen Rechte gegen Dritte herzuleiten.

Zur Durchführung dieser Neuregelung bedarf es zunächst einer Änderung des § 9 Abs.2 WZG:

"Die Schutzdauer kann um jeweils 10 Jahre verlängert werden. Die Verlängerung wird dadurch bewirkt, daß nach Ablauf von 9 Jahren seit dem Tage der Anmeldung oder, bei Zeichen deren Schutzdauer bereits verlängert worden ist, seit der letzten Verlängerung eine Erklärung des Inhabits eingereicht wird, daß das Zeichen innerhalb dieser Frist für Waren der eingetragenen Art zu dem in § 1 genannten Zweck benutzt worden ist oder der Nachweis geführt wird, daß die Nichtbenutzung auf Umständen beruht, die vom Zeicheninhaber nicht zu vertreten sind und eine Verlängerungsgebühr für jede Klasse oder Unterklasse für die weiterhin Schutz begehrt wird, eine Klassengebühr nach Tarif entrichtet wird. § 2 Abs.2 und 3 S.2 gelten entsprechend.¹⁾ Bis zum Ablauf von 2 Monaten nach Beendigung der Schutzdauer müssen die in Satz 2 genannte

¹⁾ Durch Bezugnahme auf den im obigen Sinne neu gefaßten § 2 Abs.2 WZG soll die Möglichkeit eröffnet werden, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über Form und Inhalt der bei der Verlängerung abzugebenden Erklärung zu erlassen.

Erklärung beim Patentamt eingegangen oder die Umstände dargelegt seien, auf denen die Nichtbenutzung beruht und die Verlängerungsgebühr entrichtet sein. Nach Ablauf dieser Zeit gibt das Patentamt dem Zeicheninhaber Nachricht, daß das Zeichen gelöscht wird, wenn nicht binnen eines Monats nach Zustellung der Nachricht die in Satz 2 genannten Voraussetzungen erfüllt sind."

Falls eine Erklärung über die eriolgte Benutzung nicht abgegeben oder der geforderte Nachweis nicht erbracht wird, wäre gem. § 10 Abs.2 Ziff.2 WZG das Zeichen ebenso von Amts wegen zu löschen wie bisher im Falle der Nichtzahlung der Gebühren. Darüberhinaus erscheint es zweckmäßig, auch eine Löschung auf Antrag für den Fall vorzusehen, daß die für eine Zeichenverlängerung geforderten Voraussetzungen zwar formell vorgelegen haben, daß aber die Verlängerung dennoch nicht hätte erfolgen dürfen, etwa weil die Benutzungserklärung unrichtig abgegeben wurde (z.B. im Falle des bloßen Scheingegebrauchs) oder weil der Nachweis, daß die Nichtbenutzung vom Zeicheninhaber nicht zu vertreten ist, vom Patentamt zu Unrecht als erbracht angesehen wurde. Es besteht nach dem WZG das Prinzip, daß die wichtigsten materiellrechtlichen Entscheidungen des Patentamts auf gerichtlichem Wege überprüft werden können. Im Falle der Ablehnung der Eintragung eines angemeldeten Zeichens kann die Eintragungsklage nach § 6 Abs.2 WZG erhoben werden und der Inhaber eines älteren Zeichens, der glaubt, die Verwechslungsgefahr mit einem neu angemeldeten Zeichen sei zu Unrecht verneint worden, kann seine Rechte im Wege der Löschungsklage nach § 11 Abs.1 Ziff.1 WZG geltend machen. In ähnlicher Weise müßte auch die Entscheidung des Patentamts über die Verlängerung eines Zeichens nachprüfbar sein, wenn ein Dritter behauptet, daß die Verlängerung nicht hätte erfolgen dürfen. Die Einführung einer solchen Löschungsklage würde die praktische Brauchbarkeit der hier vorgeschlagenen Neuregelung insofern noch erhöhen, als damit eine Möglichkeit geschaffen wird, die Benutzungserklärung, von deren Wahrheitsgemäßheit das Patentamt bei der Zeichenverlängerung auszugehen hätte, in einem späteren Streitfall auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Damit könnte erreicht werden, daß auch die Zeichen, deren Verlängerung hätte abgelehnt werden müssen, für eine Behinderung des freien Wettbewerbs weitgehend nicht mehr in Be-

tracht kommen. Die neu aufzunehmende Vorschrift wäre als Ziffer 4 in § 11 Abs.1 WZG einzufügen, der dann folgenden Wortlaut erhalten würde:

"Ein Dritter kann die Löschung eines Warenzeichens beantragen

1.

2.

3.

4. wenn die Verlängerung zu Unrecht erfolgt ist.¹⁾"

VII. Zusammenfassung

Die Verknappung von Warenzeichen stellt ein aktuelles Problem unseres Zeichenrechts dar. Die Existenz einer großen Zahl unbenutzter Zeichen, insbesondere von Defensiv- und Vorratszeichen, ist mitursächlich dafür, daß die Durchsetzung von Neuanmeldungen für bestimmte Warengattungen oft übermäßige Schwierigkeiten bereitet. Die Defensivzeichen sind aus der Befürchtung heraus entstanden, der Schutzbereich anderer Zeichen des gleichen Unternehmens - der s.g. Hauptzeichen - könne im Streitfall zu eng bemessen werden. Die Vorratszeichen sollen es dem Unternehmer gestatten, jederzeit wenn es die Geschäftslage erfordert, auf bereits eingetragene Warenzeichen zurückgreifen zu können, ohne den zeitraubenden Weg einer Neuanmeldung gehen zu müssen.

In der Rechtsprechung war bis in die zwanziger Jahre die Auffassung vorherrschend, daß kraft des behördlichen Eintragungsaktes den unbenutzten Warenzeichen der gleiche Schutz zuteil werden müsse, wie den im Verkehr zur Kennzeichnung von Waren benutzten Zeichen. Dann drang die Erkenntnis durch, daß es sich bei dem Warenzeichenrecht um ein Teilgebiet des allgemeinen

¹⁾ Die gleiche Regelung hat v. Kreisler (GRUR 1954, 433) vorgeschlagen, jedoch von der Voraussetzung ausgehend, daß bei der Zeichenverlängerung ein Benutzungsnachweis zu erbringen ist und nicht nur eine Benutzungserklärung abzugeben ist.

Wettbewerbsrechts handelt und die Rechte aus einem Warenzeichen daher nicht geltend gemacht werden können, wenn darin ein Verstoß gegen die wettbewerbliche Lauterkeit zu sehen ist. Die neuste Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß die Defensivzeichen, deren rechtliche Zulässigkeit gelegentlich in Zweifel gezogen wurde, nur noch dann einen berechtigten Zweck erfüllen, wenn sie zum Schutz von Hauptzeichen eingesetzt werden, die noch jung und in der Entwicklung begriffen sind, so daß ihr eigener Schutzbereich noch nicht den Umfang angenommen hat, der ihnen bei normaler Verkehrsdurchsetzung zukommt. Bei den Vorratszeichen herrscht die Meinung vor, daß nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne (über deren Umfang in der Rechtsprechung keine einheitliche Auffassung besteht) der Zeicheninhaber darlegungs- und beweispflichtig dafür wird, daß an der Aufrechterhaltung des Zeichens noch ein schutzwürdiges Interesse besteht und nicht eine unangemessene Beeinträchtigung fremden Wettbewerbs vorliegt.

In den meisten ausländischen Staaten spielt das Problem der unbenutzten Zeichen nicht die Rolle wie in Deutschland. Die Mehrzahl der nationalen Warenzeichengesetze haben den Benutzungszwang normiert. Innerhalb bestimmter Zeiträume, die zwischen einem und sechs Jahren liegen, muß in diesen Ländern bei Meidung des Rechtsverlustes ein Warenzeichen benutzt werden. Andere Staaten, die nicht vom Benutzungszwang ausgehen, haben ihren Gesetzen das Erstbenutzerprinzip zugrunde gelegt, bei dem das Recht an einem Warenzeichen nicht dem zuerst Eingetragenen, sondern dem ersten Benutzer zusteht. Die Länder, die weder einen Benutzungszwang kennen, noch vom Erstbenutzerprinzip ausgehen und daher Defensiv- und Vorratszeichen in gleichem Umfange wie das deutsche Recht zulassen, sind bei weitem in der Minderzahl.

Für Defensivzeichen ist heute kein schutzwürdiges Bedürfnis mehr anzuerkennen. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bieten eine ausreichende Gewähr für den Schutz von Warenzeichen je nach ihrer Eigenart und wirtschaftlichen Bedeutung. Auch bei jungen Zeichen, die noch in der Entwicklung begriffen sind, könnte der Schutzzumfang unter Berücksichtigung der zu erwartenden Verhältnisse so bemessen werden, als habe

das Zeichen bereits die normale Verkehrsgeltung erlangt. Ein schutzwürdiges Bedürfnis, Zeichen auf Vorrat eingetragen zu haben, ist bei den derzeitigen Verhältnissen innerhalb bestimmter Grenzen zu bejahen. Bei Berücksichtigung aller Umstände ist jedoch nach Ablauf von 10 Jahren nach der erfolgten Anmeldung eines Vorratszeichens ein schutzwürdiges Bedürfnis für die weitere Aufrechterhaltung des bis dahin nicht benutzten Zeichens nur noch unter ganz besonderen Umständen anzuerkennen.

Soweit für die Defensiv- und Vorratszeichen kein anzuerkennendes Bedürfnis besteht, haben diese Zeichen eine außerhalb des Rahmens des gesetzlichen Schutzzweckes liegende Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge. Der Zweck für die Erteilung von Ausschlußrechten in Form von Warenzeichen ist in einem geschäftlichen Ansporn des einzelnen Unternemmers zum allgemeinen Nutzen zu sehen. Dem allgemeinen Nutzen dienen aber weder die Defensivzeichen noch die langjährig unbenutzten Vorratszeichen, da sie nicht zur Kennzeichnung von Waren und damit auch nicht der übersichtlicheren Gestaltung des Marktes dienen, sondern lediglich zur besseren Rechtsverteidigung bzw. zur Risikoerleichterung für den Zeicheninhaber bestimmt sind. Darüber hinaus stellen die Defensivzeichen und die langjährig nicht benutzten Vorratszeichen eine unzulässige Form des Nichtleistungswettbewerbs dar, weil sie nicht den Schutz der eigenen tüchtigen Leistung bezwecken, sondern ihren Nutzen für den Zeicheninhaber nur auf dem Wege einer nicht wettbewerbseigenen Beeinträchtigung der Mitbewerber entfalten. Die Defensivzeichen stellen zudem einen klaren Gesetzesverstoß dar, da § 1 WZG von dem Gebrauchswillen ausgeht. Auch die Vorratszeichen, die viele Jahre hindurch nicht benutzt worden sind, müssen bei einer wettbewerbsgerechten Auslegung des Warenzeichengesetzes als unzulässig angesehen werden. Die Grenze für die zulässige Dauer der Nichtbenutzung liegt etwa bei 10 Jahren.

Eine Lösung des Problems der unbenutzten Zeichen kann dadurch erreicht werden, daß die gesetzliche Unzulässigkeit der Defensivzeichen von dem Patentamt und der Rechtsprechung beachtet wird. Die Vorratszeichen könnten wesentlich eingeschränkt werden, indem die Rechtsprechung dazu überginge, bei Zeichen,

die 10 Jahre und länger nicht benutzt worden sind, ein schutzwürdiges Bedürfnis nur noch dann anzuerkennen, wenn die Nichtbenutzung auf Umständen beruht, die von dem Zeicheninhaber nicht zu vertreten sind.

De lege ferenda ist daran zu denken, den vom Gesetz vorausgesetzten Benutzungswillen dadurch deutlicher zum Ausdruck zu bringen, daß bei jeder Zeichenanmeldung eine Erklärung über die bestehende Benutzungsabsicht gefordert wird. Damit die Zeichen, die 10 Jahre lang nicht benutzt worden sind, wieder aus der Rolle beseitigt werden können, sind die Vorschriften des § 9 WZG über die Zeichenverlängerung dahin zu ergänzen, daß eine Verlängerung nur gewährt wird, wenn entweder eine Benutzungserklärung abgegeben oder der Nachweis erbracht wird, daß die Nichtbenutzung vom Zeicheninhaber nicht zu vertreten ist. Im Falle einer zu Unrecht erfolgten Verlängerung wäre durch eine Ergänzung des § 11 WZG ein gerichtliches Lösungsverfahren vorzusehen.

Lebenslauf

Ich wurde am 24. September 1933 in Breitung/Werra Kreis Schmalkalden als Sohn des Pfarrers Paul Hartung und seiner Ehefrau Cornelia geb. Nolte geboren. Nach 4jährigem Besuch der Volksschule in meinem Heimatort trat ich mit 9 Jahren in die damalige "Deutsche Heimschule" in Bad Liebenstein ein. Nach dem Zusammenbruch besuchte ich das Henfling-Gymnasium in Meiningen. In den Jahren 1947 bis 1954 gehörte ich als Internatsschüler der Melanchthon-Schule in Steinatal Kreis Ziegenhain an, wo ich meine Reifeprüfung bestand.

Mit dem Sommersemester 1954 begann ich das juristische Studium an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/M. Im Rahmen des Fulbright-Programms studierte ich zwei Semester lang in den vereinigten Staaten an der University of Wisconsin in Madison, Wis. Mit Beginn des sechsten Semesters kehrte ich an die Universität Frankfurt/M zurück. Meine akademischen Lehrer waren insbesondere die Herren Professoren Abraham, Böhm, Claß, Coing, Erler, Hein, Kronstein, Mallmann, Preiser, Samson, Schiedermaier, Schlochauer, Schmid, Steindorff.

Im März 1959 habe ich geheiratet. Die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung legte ich im Dezember 1959 ab. Seit März 1960 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst. Durch eine Nebenbeschäftigung in der Warenzeichen-Abteilung eines chemisch-pharmazeutischen Industrieunternehmens hatte ich Gelegenheit, mich mit der Praxis des Warenzeichenrechts im In- und Ausland vertraut zu machen.

